حماية المستهلك

في مواجهة الشروط التعسفية

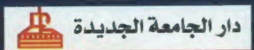
دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك

دكتور

إبراهيم عبد العزيز داود

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق - جامعة طنطا



حماية المستهلك
فى مواجهة الشروط التعسفية

حماية المستهلك

في مواجهة الشروط التعسفية

دراسة تحليلية مقارنة فى ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك

الدكتور

إبراهيم عبد العزيز داود

أستاذ القانون المدني المساعد

بكلية الحقوق – جامعة طنطا

2014

دار الجامعة الجديدة

٣٨–٤٠ ش سوتير – الأزاريطة – الإسكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ فاكس: ٤٨٥١١٤٣ تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail: darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com



«مقدمة»

إن موضوع حماية المستهلك لأهميته وخطورته لا يمكن أن يفيه حقه بحث واحد، ولا يمكن أن يستغنى عن مرتقى بعد مرتقى، ثم عن تدخل فقهى بعد آخر، حتى يتم بلورته فى شكل حماية تشريعية وقضائية يرتضيها الجميع. وليس قصارى الأمر فى هذا الموضوع أنه من الموضوعات الهامة، بل هو من أهم الموضوعات وأجلها، وذلك لأن وصف المستهلك يقترن بكل شخص، فلا يمكن أن نجد إنساناً لا ينطبق عليه هذا الوصف، كما أن هذا الموضوع له أهمية كبرى فى حياة الفرد والمجتمع، ونحن لا يمكن لنا أن نفهم أهمية هذا الموضوع إلا إذا عرفنا أهميته بالنسبة للمخاطبين به من الأشخاص، وعلى قدر أهميته بالنسبة لهم تبدو وتتجلى أهمية الموضوع. وهذه الأهمية يمكن أن نبرزها فى مجالين فى غاية الأهمية.

فمن ناحية، تعتبر حماية المستهلك بلورة حقيقية للمفهوم المعاصر لحقوق الإنسان([1])، حيث يعتبر تمتع الإنسان بحقوقه المشروعة هدفاً عالمياً تسعى كل الدول لتحقيقه، سواء كانت هذه الحقوق سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية. ومما لا شك فيه أن الالتزام الفعلى بتحقيق هذه الحقوق يتطلب حماية للمستهلك كإنسان ومواطن([2]). ومن ناحية أخرى، تؤدى الوسائل اللازمة

([1]) د/أنور رسلان، الحماية التشريعية للمستهلك، بحث مقدم فى ندوة (حماية المستهلك فى الشريعة والقانون، نظمته كلية الشريعة والقانون بالإمارات خلال فترة ٦- ٧- ١٩٩٨. بفندق هيلتون العين، ص١.

([2]) هذه الحماية أشارت لها الشريعة الإسلامية قبل كل النظم القانونية منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان. ولقد تضمنت معظم الدساتير فى الدول العربية نصوصاً تكرس الحقوق والحريات العامة والحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

انظر فى دور الشريعة الإسلامية فى حماية المستهلك، ==

لحماية المستهلك، سواء بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر إلى تحقيق آثار إيجابية مؤكدة، ولعل من أهم هذه الآثار المساهمة فى تحقيق التنمية والاستقرار الاقتصادى، ورفع معدلات النمو الاقتصادى(1).

إن تطور الحياة الاقتصادية بالإضافة إلى عدم التناسب الظاهر فى المراكز الاقتصادية بين أطراف العقد أدى إلى سيطرة الطرف الأقوى اقتصادياً على تحديد بنود العقد والتحكم فى وضع شروطه بالشكل الذى يخدم مصالحه ويحقق أهدافه مهملاً بذلك مصالح الطرف الضعيف(2) الذى أصبح لا يستطيع حتى مناقشته فى هذه

= د/ عبد الحق حميش، حماية المستهلك من منظور إسلامى، بحث مقدم للندوة حماية المستهلك المنعقدة فى كلية القانون بجامعة الإمارات، ٢٣- ٢٤ أكتوبر ٢٠٠٧، ص ٢٣٥.

وانظر أيضاً بالتفصيل :

د/ رمضان على السيد الشرنباصى، حماية المستهلك فى الفقه الإسلامى، مطبعة الأمانة، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ.

(1) بالرغم من أن حاجة المستهلك للحماية تفرض نفسها بإلحاح أياً كان النظام الاقتصادى الذى تعتنقه الدولة، إلا أن هذه الحاجة تضحى ماسة وملحة فى ظل نظام الاقتصاد الحر الذى يترك وسائل الإنتاج فى يد الأفراد.

(2) انظر فى مفهوم الطرف الضعيف فى العقد، د/ محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف فى الرابطة العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية ٢٠٠٧، ص١٦.

د/ أحمد الهوارى، حماية العاقد الضعيف فى القانون الدولى الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

وفى القانون الفرنسى انظر :

M. FONTAINE, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, rapport de sysnthès, in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison Franco- Belges, LGDJ, 1996, p. 615

P. MAYER, La protection de la partie faible en droit = =

الشروط التى قد تعتبر تجسيداً صارخاً لتعسف الطرف القوى وفى نفس الوقت إجحافاً بمصالح الطرف الضعيف.

ولقد ساعد على ظهور هذا التعسف والإجحاف وجود عدة أسباب. فمن ناحية أصبحت السلع والخدمات تتسم بالتعقيد نتيجة التطورات التكنولوجية التى أصبحت تسيطر على حياتنا ونتيجة رغبة شديدة فى تنويع السلع والخدمات وتطويرها بشكل مستمر حتى أصبحت متعددة بحيث لا يستطيع أحد حصرها. هذا التعقيد فى السلع والخدمات ساعد على وجود طرف قوى يمتلك القدرة والمعرفة بخبايا وأسرار السلع والخدمات ويستطيع فك شفراتها، وفى نفس الوقت أدى إلى وجود طرف ضعيف لا يهتم سوى بإشباع حاجاته، دون الاهتمام بمعرفة أدنى التفاصيل المتعلقة بهذه السلع والخدمات. وبذلك أصبحت هناك مواجهة غير عادلة بين شخص محترف يمتلك المعرفة، وشخص آخر يحتاج إلى إشباع حاجاته اليومية، الأمر الذى يزيد القوى المسيطر قوة ويزيد الضعيف المحتاج ضعفاً.

ومن ناحية أخرى أصبح المستهلك يقدم على إشباع حاجاته اليومية دون أدنى تفكير أو روية. فالسرعة الفائقة فى التعامل فى حياتنا اليومية جعل التوقيع على العقود يتم تلقائياً وآلياً دون أى فحص أو دراسة لبنود العقد وشروطه، ولذلك فإن هذا الإقبال اللامدروس الذى يتسم بعدم التفحص وعدم التبصر للآثار القانونية المترتبة عليه قد يودى بالأفراد إلى الوقوع فى براثن من يتطلع إلى

= = international privé dans les rapports contractuels, comparoison Franco-Belges, LGDJ, 1996, p. 513.

GILLIERON, La protection du faible dans les contrats, Revue de droit swis, 1979, p. 237.

الاستفادة من هذا الواقع الذى يحكم علاقاتنا. وفى ظل هذه السمة التى تتسربل برداء السرعة والعجلة، وفى ظل انعدام توازن بين شخص عادى لا يتمتع بأى خبرة، وبين بائع محترف مزود بخبرات عديدة ومكتسبة، فإن الطرف القوى قد استطاع أن يستفيد من هذا الموقف بتضمين العقود بعض الشروط التعسفية المجحفة بالطرف الضعيف. الأمر الذى يتطلب توفير حماية تشريعية فعالة للمستهلك([1]).

ومما لا شك فيه أن موضوع حماية المستهلك قد حاز على اهتمام كل فروع القانون التى تتسابق من أجل توفير أكبر قدر من الرعاية لهذا الطرف الضعيف. وفى هذا المجال فإننا لا نفترض سلفاً تطابقاً ولا توافقاً، كما لا نفترض أيضاً تضارباً ولا تناقضاً بين هذه القوانين. فكل ما أريد توضيحه فى هذه المقدمة هو أن النظام القانونى يضم ركاماً هائلاً من الأحكام القانونية التى تتعلق بهذا الموضوع([2]). أما بالنسبة للعقد فإننى أستطيع أن أقرر أن هناك تطابق

([1]) د/ حسن عبد الباسط جميعى، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص٩.

([2]) تختلف وسائل حماية المستهلك تبعاً لنوع التشريعات التى تصدر لتحقيق ذلك، فبجانب القانون المدنى الذى ينظم العلاقة بين المهنى والمستهلك، يوجد القانون التجارى الذى يحدد العلاقات بين التجار والالتزامات التى تقع على كل منهم. انظر فى دور القانون التجارى:

G. VIRASSAMY, Les relations entre professionnels en droit français, in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, LGDJ, 1996, p. 479.

وإلى جانب القانون التجارى، يقوم القانون الجنائى والقوانين المكملة له بتجريم أفعال الخداع والغش والحالات الخطرة التى يتعرض لها المستهلكون عن طريق المنتجات المغشوشة.

أنظر فى ذلك، د/ مصطفى منير، جرائم استعمال السلطة الاقتصادية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٩، ص ٢٩٩.

أيضاً تلعب الجزاءات الإدارية المتمثلة فى إجراءات الضبط الإدارى دوراً هاماً، خاصة ما ==

وتوافق على حماية المستهلك فى كافة مراحله . فصور الحماية تتعدد فى موقعها من مرحلة إبرام العقد[1] إلى مرحلة تحديد مضمونه التى قد تسلمنا إلى صورة الحماية عند حدوث منازعات استهلاكية[2]. وهذه المنازعات الاستهلاكية قد تتنوع شكلاً إلى منازعات داخلية ومنازعات دولية[3]. ويترتب على التنوع فى هذه المنازعات ميلاد

== يتعلق منها بالصحة العامة، كسحب أو مصادرة المنتجات الضارة وإغلاق المحلات.

انظر فى دور القضاء الإدارى :

د/ موسى مصطفى شحاده، حماية المستهلك فى أحكام القضاء الإدارى فى فرنسا، بحث مقدم لندوة كلية القانون، جامعة الإمارات، ٢٣- ٢٤ أكتوبر ٢٠٠٧، ص٤١١.

[1] نصت قوانين حماية المستهلك على الالتزام بالإعلام قبل التعاقدى كصورة من صور الحماية فى هذه المرحلة.

وفى هذا الموضوع، أنظر بالتفصيل:

د/ نزيه المهدى، الالتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩؛ د/ محمد إبراهيم دسوقى، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار إيهاب للطبع والنشر، أسيوط، ١٩٨٥؛ د/ سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠؛ خالد جمال، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

[2] ولقد اقتبست مصطلح المنازعات الاستهلاكية من الأستاذ الدكتور أحمد خليل ويرى سيادته أنه «إذا كانت المنازعة (المدنية) هى التسمية التى توطدت فى أذهان عموم المشتغلين بالقانون للدلالة على المنازعات الناتجة عن تطبيق أحكام القانون المدنى، والمنازعات (التجارية) هى التسمية التى تدل – اتفاقاً – على تلك الناتجة عن تطبيق أحكام القانون التجارى، فإن المنازعات (الاستهلاكية) تسمية تتناغم مع المصطلحين السابقين، ولذلك نقترحها ... للدلالة على المنازعات المتعلقة بحماية المستهلك».

أحمد السيد خليل، مدى اختصاص إدارة حماية المستهلك بالفصل فى المنازعات (الاستهلاكية)، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك المنعقدة فى كلية القانون بجامعة الإمارات، ٢٣ – ٢٤ أكتوبر ٢٠٠٧ ، ص ٣٦٥.

[3] د/ أحمد الهوارى، مستحدثات القول فى حماية المستهلك فى القانون الدولى الخاص، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك المنعقدة فى كلية القانون بجامعة الإمارات، ٢٣ – ==

وسائل حمائية تختلف نوعاً من جزاءات عقدية، وعبء إثبات، وتحديد القانون الواجب التطبيق، وتحديد المحكمة المختصة([1]). ومن خلال هذا التعدد الموقعي لصور الحماية العقدية، وهذا التنوع الشكلي فى المنازعات المترتبة عليه، وهذا الاختلاف النوعي لوسائل حماية المستهلك عند التنازع تتكون كافة الأحكام القانونية الحمائية للمستهلك.

لكن لا يكفى أن تكون هناك نصوص قانونية آمرة، وإنما لابد من وجود الوسائل القانونية التى يحتمى بها المستهلك فى حالة الاعتداء على حقوقه. ولا شك أن اللجوء للقاضى يمثل ضمانة هامة للمستهلك باعتباره الحصن الذى يلجأ إليه هذا الأخير طلباً للحماية. إلا أن المنازعات الاستهلاكية تتميز ببعض الخصوصية، الأمر الذى

== ٢٤ أكتوبر ٢٠٠٧ ، ص ٣٨١. ويرى الباحث تشابه دور القواعد القانونية الموضوعية ودور قواعد القانون الدولى الخاص فيما يتعلق بحماية المستهلك. «وعلى ذلك تتمثل الوظيفة الحمائية للقانون الدولى الخاص فى مجال علاقات الاستهلاك الدولية، فى تجنب أن يؤدى تعدد القوانين التى ترتبط بالعلاقة العقدية ... إلى فقدان المستهلك الحماية الواجبة له».

وانظر فى حماية المستهلك فى القانون الدولى الخاص:

د/ احمد الهوارى، حماية العاقد الضعيف فى القانون الدولى الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٩٥؛ د/ أشرف وفا، المنافسة غير المشروعة فى القانون الدولى الخاص، دار النهضة، ٢٠٠١؛ د/ حسام الدين فتحى ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤؛ د/ خالد خليل، حماية المستهلك فى القانون الدولى الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢؛ د/ أبو العلا على أبو العلا، حماية المستهلك فى العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٨؛ د/ عبد الحكيم مصطفى، حماية المستهلك فى القانون الدولى الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

([1]) بالنسبة لقواعد الاختصاص القضائى الدولى لعقود الاستهلاك، «يتم تحديد المحكمة المختصة ... وفقاً لضوابط ترمى إلى حماية العاقد الضعيف، وهى ضوابط تختلف عن تلك المستخدمة بالنسبة لبقية العقود بوجه عام». د/ أحمد محمد الهوارى، مستحدثات القول فى حماية المستهلك فى القانون الدولى الخاص، بحث سبق ذكره، ص ٣٨٥.

«يستدعى أحياناً كثيرة نوعاً من الخبرة الفنية لا تتوافر لدى القضاء ولدى المحاكم»([1]).

ومن الجدير بالذكر أن موضوع الشروط التعسفية فى العقد تعد من الموضوعات الشائكة التى قد يصعب على القضاة حماية المستهلك منها نظراً لتنوعها واستخدامها بكثرة من قبل المهنى. فكيف تعاملت كل من النظرية العامة للعقد عن طريق نظرية عقود الإذعان، ونظرية عقود الاستهلاك مع هذه الشروط؟

إن الواقع قد أثبت أن أسلوب التعامل الذى تبنته نظرية عقود الإذعان فى مواجهة الشروط التعسفية يختلف عن الأسلوب الذى تبنته نظرية عقود الاستهلاك فى التعامل مع هذه الظاهرة. ولا شك أن اختلاف المنهج فى التعامل مع الشروط التعسفية قد ترتب عليه اختلاف فى درجة كفاءة النظام القانونى الذى تقدمه كل نظرية. لكن السؤال الذى يطرح نفسه هو معرفة معايير كفاءة النظام القانونى الذى يوفر الحماية الفعالة للمستهلك فى مواجهة هذه الشروط.

يمكن لنا أن نسترشد بمعيارين يساهمان فى تحديد كفاءة النظام القانونى الحمائى. **الأول** يتعلق بشروط تطبيق هذا النظام القانونى، **والثانى** يتعلق بالآثار الإيجابية المترتبة على إعمال هذا النظام القانونى، وخاصة ما يتعلق بالوسائل العلاجية والوقائية. فالنظام القانونى الذى لا يمكن تطبيقه إلا فى حالة توافر شروط وأسباب محددة على سبيل الحصر لا يوفر الحماية المطلوبة للطرف الضعيف الذى يحتاج لنظام قانونى يتسم بنطاق قانونى واسع يطبق فى كل حالة يتوافر فيها وصف الضعف دون البحث فى الأسباب.

وإلى جانب ذلك، فالنظام القانونى الذى لا يقدم سوى وسائل

([1]) د/ أحمد على السيد خليل، البحث السابق، ص ٣٦٥.

علاجية يستخدمها القاضي لحماية الطرف الضعيف لا يمكن أن يتساوى مع نظام قانونى آخر يقدم وسائل وقائية عن طريق لجان متخصصة تحتوى فى تشكيلها على عناصر من ذوى الخبرة.

يتضح مما سبق ذكره، أن محاور الدراسة التى تهدف إلى عقد مقارنة بين النظام القانونى الذى تقدمه كل من نظريتى عقود الإذعان والعقود الاستهلاكية يجب أن تدور حول شروط تطبيق كل من النظامين والآثار المترتبة على هذا التطبيق. غير أن هذه الدراسة لا تكتفى فقط بتحديد كفاءة النظام القانونى لكل من النظريتين، بل تطمح إلى معرفة منهج كل من القانون المدنى وقوانين الاستهلاك فى التعامل مع ظاهرة الشروط التعسفية.

وبعد توضيح هذه النقاط التى تعد الفروض الأساسية التى تقوم عليها هذه الدراسة، فإن الإلمام بالجوانب والأطر المحيطة بالإشكالية العامة لهذه الدراسة تقتضى اختيار منهج يتيح لنا تكوين رؤية تحليلية شاملة للطرق التى عولجت بها مسألة الشروط التعسفية فى ظل نظريتى عقود الإذعان والعقود الاستهلاكية تمهيداً للمقارنة بين خصائص النظام القانونى لكل منهما. وللإلمام بجوانب الموضوع بكل أبعاده رأينا أن المقارنة مع القانون الفرنسى تتيح لنا معرفة مختلف الأساليب والمناهج فى التعامل مع ظاهرة الشروط التعسفية، الأمر الذى يجعلنا أكثر قدرة على التمييز بين كفاءة كل من النظامين.

وهذا الهدف المراد تحقيقه من الدراسة يقتضى اختيار خطة تقليدية نستعرض فى فصلها الأول حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية من منظور نظرية عقود الإذعان، وفى فصلها الثانى حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية من منظور نظرية عقود الاستهلاك.

الفصل الأول
حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية
من منظور نظرية عقود الإذعان
"الطريق غير المباشر للحماية"

من الجدير بالذكر أن موضوع حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية يعتبر من الموضوعات التى أثارت اهتمام القانون المدنى المصرى الذى كان له قصب السبق فى النص على تحريم هذه الشروط فى عقود الإذعان. ولقد سبق بذلك المشرع المصرى نظيره الفرنسى الذى لم ينص على تحريم هذه الشروط إلا فى عام ١٩٧٨. إلا أن هذا لا يعنى أن القانون الفرنسى لم يعرف حماية المستهلك ضد الشروط التعسفية قبل هذا التاريخ، حيث اجتهد القضاء محاولاً الوصول إلى درجة من التدخل بالرقابة على هذه الشروط فى العقود التى يكون المستهلك طرفاً فيها.

لكن إذا كان المشرع المصرى قد نص على تحريم الشروط التعسفية، إلا أن ذلك استوجب ضرورة التعامل معها بشكل غير مباشر، أى عن طريق التعامل أولاً مع عقود الإذعان. فوضع نظام قانونى للشروط التعسفية اقتضى ضرورة إدخالها فى النسيج القانونى، وهذا يتم إما عن طريق الرصد المباشر لظاهرة الشروط التعسفية، ثم وضع نظام قانونى خاص بها، أو عن طريق إلحاقها بطائفة قانونية مصنفة تصنيفاً مسبقاً فى القانون المدنى لكى تستفيد من نظامها القانونى. وهذا الأسلوب الأخير هو الطريق الذى اختاره القانون المدنى المصرى الذى عالج موضوع الشروط التعسفية من منظور نظرية عقود الإذعان. فالمشرع المصرى قد سلط الضوء أولاً على عقود الإذعان، ثم من خلال تنظيمها قانونياً نص على تحريم الشروط التعسفية التى تندرج فى هذه العقود تحديداً. وذلك عكس

أسلوب التعامل المباشر الذى يركز على المشكلة مباشرة دون إدخالها فى أى طائفة قانونية محددة، فهو يعالج المشكلة بشكل موضوعى وذلك بالتركيز على العناصر المكونة لها، ثم يضع النظام القانونى الملائم لمحاربتها أو للحماية منها.

ومن الجدير بالذكر أن كفاءة أى نظرية تتوقف على مدى قدرتها على الإحاطة بمختلف الفروض، أى أن نجاح نظرية عقود الإذعان يتوقف على مدى قدرتها على الإحاطة بكل أنواع الشروط التعسفية التى يمكن أن يتعرض لها المستهلك. لكن الواقع العملى أسفر عن وجود العديد من العلاقات التى يكون المستهلك طرفاً فيها ويصبح متعرضاً للشروط التعسفية، ومع ذلك لا يتوافر فى العلاقة التعاقدية وصف عقد الإذعان. وهنا ظهرت أزمة حقيقية قابلت نظرية عقود الإذعان، وهى أزمة تمثلت فى اختبار مدى قدرتها على الإحاطة بكل أنواع الشروط التعسفية التى تصيب المستهلك. ولقد حاول الفقه جاهداً توسيع نطاق هذه النظرية حرصاً منه على رفع قدرتها على استقبال كل أنواع الشروط التعسفية التى يتعرض لها المستهلك فى العلاقات التعاقدية التى يكون طرفاً فيها. لكن السؤال الذى يطرح نفسه هو معرفة إلى أى درجة يمكن توسيع نظرية عقود الإذعان، وهل تعتبر محاولات التوسيع فى مفهوم عقود الإذعان كافية لمواجهة التطورات الاقتصادية التى أسفرت عن ظهور العديد من العقود التى من الصعب توافر وصف الإذعان فيها؟

والواقع أن الإجابة على هذا التساؤل تقتضى تقييم نظرية عقود الإذعان من حيث قدرتها على توفير حماية كاملة للمستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية، ثم تقييم دور الفقه فى التعامل مع هذه النظرية.

من خلال ما سبق يتضح أن هذا الفصل يفرض علينا تقسيمه

إلى ثلاث مباحث كالآتى:-

المبحث الأول: التقاط ظاهرة الشروط التعسفية عبر منظور عقود الإذعان.

المبحث الثانى: التحديات والصعوبات التى تؤثر فى قدرة نظرية عقود الإذعان على احتواء كل أنواع الشروط التعسفية فى العلاقات الاستهلاكية.

المبحث الثالث : تقييم أسلوب التعامل غير المباشر مع الشروط التعسفية.

المبحث الأول
التقاط ظاهرة الشروط التعسفية
عبر منظور عقود الإذعان

من الجدير بالذكر أن أى فكرة قانونية يمكن أن توجد بداية ضمن الأفكار العامة التى تفرزها التطورات الاجتماعية أو الاقتصادية لأى مجتمع، ثم بعد ذلك يلتقط المشرع هذه الظاهرة لكى تصبح جزءاً من النسيج القانونى الذى يسربلها بنظام وأحكام قانونية تتلاءم معها. وعلى ذلك، فالكثير من المفاهيم والأفكار القانونية قد بدأت كظاهرة أفرزتها العلاقات الاجتماعية. ومن أهم الظواهر التى صاحبت عصر الصناعة، ظاهرة سيطرة الطرف القوى اقتصادياً على الطرف الضعيف، الأمر الذى ترتب عليه إذعان هذا الأخير لإرادة الأول الذى فرض شروطه المجحفة فى العقد. ولأن هذا العقد يتعلق محله بسلع ضرورية، فإن الطرف الضعيف لم يكن ليستطيع رفض العقد أو المفاوضة على شروطه.

هذه الظاهرة التى نشأت نتيجة ظروف اقتصادية انتقلت إلى الفكر القانونى الفرنسى على يد الفقيه سالى Salleille [1] الذى كشف عنها فى العقود التى تتميز بتفاوت كبير بين طرفيه، بحيث يملك أحدهما كل وسائل القوة ويتجرد الآخر من معظمها. وفى القانون المصرى، يعتبر الفقيه السنهورى هو أول فقيه عربى أطلق على هذه العقود مصطلح عقود الإذعان. وتكليلاً لهذه الجهود الفقهية نظم القانونى المدنى عقود الإذعان ضمن موضوعاته، لتصبح بذلك جزءاً من تقسيمات العقود فى القانون المدنى.

واعتقاداً من المشرع بأن عقود الإذعان هى العلاقة القانونية

([1])R. SALEILLES, Théoriegenérale de l'obligation, 2ème édit; Paris, 1902.

الوحيدة التى ينشأ فى كنفها الشروط التعسفية، حصر القانون المدنى هذه الشروط فى هذه الطائفة من العقود فقط. وهذا المسلك التشريعى يمثل أول أثر من آثار التعامل غير المباشر مع الشروط التعسفية. فحرص القانون المدنى على ضمان مبدأ استقرار المعاملات وعلى الاستقرار القانونى بصفة عامة، جعل المشرع يميل دائماً إلى إدخال الظاهرة المراد تنظيمها ضمن طائفة قانونية محددة تدور معها هذه الظاهرة وجوداً وعدماً. لكن هذا المنطق القانونى قد اصطدم بالتطورات العلمية والعملية التى تمخضت عن وجود العديد من الشروط التعسفية التى أفرزتها علاقات تعاقدية لا يتوافر فيها وصف الإذعان بالمعنى الذى حدده المشرع.

ومن ناحية أخرى، إذا كان المشرع المصرى قد التقط ظاهرة الشروط التعسفية ونص على تحريمها فى عقود الإذعان، إلا أنه لم يضع تعريفاً محدداً لها. وهذا يمثل جوهر المعالجة التشريعية فى القانون المدنى مع معظم الأفكار التى يتعامل معها بشكل غير مباشر، حيث يترك المشرع هذه المهمة للقضاء والفقه، لكى يقومان بوضع تعريف يتناسب مع تطورات المجتمع، بعد أن يحدد المشرع المبادئ التى على ضوئها يقوم القضاء بتحديد التعريف. لكن، وإن كان المسلك التشريعى يهدف إلى تفويض المهمة للقضاء لضمان مواكبة تطورات الواقع، إلا أن الدراسة تثبت تحفظ ظاهر من جانب القضاء فى التعامل مع ظاهرة الشروط التعسفية التى قد تؤدى معالجتها إلى التأثير إما فى الظروف الاقتصادية، أو الظروف الاجتماعية.

وسنقوم فى هذا المبحث بالحديث عن مطلبين كالآتى:

المطلب الأول:

استقبال النظرية العامة للعقد لعلاقات الإذعان والشروط التعسفية.

المطلب الثانى:
تعريف الشروط التعسفية فى ظل نظرية عقود الإذعان.

المطلب الأول
استقبال النظرية العامة للعقد لعلاقات الإذعان والشروط التعسفية

استقبل القانون المدنى المصرى علاقات الإذعان ضمن النظرية العامة للعقد ووضع لها النظام القانونى الخاص بها([1])، وعلى عكس القانون المدنى المصرى، شهد القانون الفرنسى خلافاً كبيراً فى تكييف علاقات الإذعان بين مؤيد لوصفها بالعقد ومعارض لذلك. وهو الأمر الذى أسفر عن عدم تبنى القانون المدنى الفرنسى لنظرية عقود الإذعان على عكس المشرع المصرى. والسؤال الذى يطرح نفسه هو معرفة أسباب اختلاف نظرة المشرع المصرى فى التعامل مع علاقات الإذعان عن المشرع الفرنسى.

لكن إذا كان الخلاف ظاهراً على الصعيد التشريعى، إلا أن القضاء الفرنسى قد قلل من فجوة الاختلاف، وذلك بتطوره فى تبنى أحكام حمائية للمستهلك ضد الشروط التعسفية.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع المصرى قد ربط بين عقود الإذعان والشروط التعسفية، الأمر الذى يدعو إلى ضرورة استجلاء الأسباب التفسيرية لهذا الارتباط.

([1]) انظر بالتفصيل : د/ عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان فى التشريع المصرى، رسالة دكتوراه، ١٩٤٦، ص ٥٠ وما بعدها ؛ د/لاشين الغياتى، عقد الإذعان فى القانون المصرى وموقف الشريعة الإسلامية منه، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الأول، يونيه ١٩٨٦، ص ١٥ وما بعدها ؛ د/محسن البيه، مشكلتان متعلقتان بالقبول، السكوت والإذعان، ١٩٨٥، ص١٢٥ وما بعدها.

وللإلمام بجوانب هذا المطلب يجب أن نتعرض لثلاث موضوعات:
الفرع الأول : كيفية رصد القانون المدنى لعلاقات الإذعان.
الفرع الثانى: اختلاف أسلوب القانون المدنى المصرى فى التعامل مع عقود الإذعان عن نظيره الفرنسى وأثر ذلك على نطاق الحماية من الشروط التعسفية.
الفرع الثالث: الأسباب التفسيرية للربط التشريعى بين الشروط التعسفية وعقود الإذعان.

الفرع الأول
كيفية رصد القانون المدنى لعلاقات الإذعان

أفرزت الثورة الصناعية فى مطلع القرن الماضى أوضاعاً اقتصادية أدت إلى وجود كيانات اقتصادية قوية استطاعت أن تهيمن على الاحتياجات الأساسية للأفراد من سلع وخدمات. وارتبطت هذه السيطرة الاقتصادية بمناخ احتكارى تمارس فيه هذه الكيانات تحكمها فى الأطراف الضعيفة. وعلى ذلك، فسبب نشأة هذه الظاهرة «يرجع إلى قيام قوى هائلة اقتصادية باتت تتحكم فى أرزاق الناس أو ما تقتضيه حياتهم من سلع ضرورية أو خدمات لازمة، وقد توصلت إلى ذلك من خلال الاحتكار الذى يقضى على المنافسة»[1]. ونلاحظ أن الطرف القوى يتمتع بكونه محتكراً لسلع وخدمات

---

[1] د/ محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، ٢٠٠٠- ٢٠٠١، ص٥٠؛ د/ محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف فى الرابطة العقدية ، المرجع السابق، ص٧٣.
وفى الفقه الفرنسى انظر:
F. X TESTU, Le juge et le contrat d'adhésion, J.C.P., 1993-1-3673.

تعتبر ضرورة من ضروريات الحياة الأساسية للأفراد الذين يخضعون فى كل شئ للطرف الأقوى الذى يتحكم فى تحديد الأسعار والشروط بالنسبة للسلع أو الخدمات.

ومن الجدير بالذكر أن القانون يعمل دائماً على التعامل مع أى ظاهرة اجتماعية تنشأ بين الأفراد([1]). فوجود أى ظاهرة اجتماعية تتطلب تدخل المشرع لتحديدها وتعريفها حتى يمكن إدخالها فى نطاق القانون، أى أن الباب الذى عن طريقه تدخل الظاهرة الاجتماعية إلى الحقل القانونى هو باب تحديد مفهوم قانونى لهذه الظاهرة. وبمعنى آخر، فأول خطوة يجب أن يقوم بها الباحث القانونى هى معرفة الفكرة القانونية التى تقبل هذه الظاهرة والتى يمكن أن تطابقها وتنطبق عليها حتى يتسنى للقانون أن يستوعبها ويرتب عليها النظام القانونى الملائم لها. وبتعبير متكافئ، فأهمية تحديد مفهوم قانونى ملائم للظاهرة الاجتماعية يؤدى إلى إمكانية سيطرة القانون عليها ثم تحديد النظام القانونى الذى ينطبق عليها. وفى هذا المعنى يذهب أحد الفقهاء الفرنسيين إلى أن إمبراطورية القانون وما تتضمنه من أدوات قانونية تحتاج قبل تطبيقها على الظاهرة الاجتماعية إلى هذه الوسيلة القانونية المتمثلة فى تعريف وتحديد المفهوم القانونى لها.

Cette Conceptualisation des faits est le moyen pour les jurists de les placer sous l'empire du droit et à

([1]) والقانون فى حد ذاته يعتبر ظاهرة اجتماعية: أنظر فى هذا المعنى:

J.- L. AUBERT, Introduction au droit, 9e édition, 2002, p.1. Selon cet auteur, "le droit est un phénomène social. Il correspond au fait que la société établit des régles destinées à règir son fonctionnement et à organiser les relations économiques ou non, des personnes qui la composent".

la place qu'il leur assigne ..... Les concepts sont donc les instruments par lesquels le droit a pris sur la réalité([1]).

ولما كان القانون المدنى هو ذلك الفرع من القانون الذى ينظم العلاقات بين الأفراد، فإن المشرع والفقه والقضاء يحرصون دائماً على رصد كل تطور فى العلاقات بين هؤلاء الأفراد. وهذا يعتبر أمراً منطقياً تفرضه بشدة دراسة القانون الذى لا يمكن أن ينفصل عن تطورات الواقع العملى وما تحمله من تغيرات فى العلاقات بين الأفراد. لذلك فالباحث القانونى يحرص دائماً على الربط بين الواقع والقانون ويمارس بصورة مستمرة دراسة التأثير المتبادل بينهما. أو كما يذهب أحد الفقهاء الفرنسيين بأن الباحث القانونى يقوم بعملية ذهاب وعودة بين القانون والواقع بشكل مستمر([2]) بل ويذهب إلى أن نجاح أى باحث فى مجال القانون يتوقف على قدرته على ممارسة هذه العملية بشكل مستمر. وهذا يؤكد ضرورة رصد ودراسة معظم الظواهر الاجتماعية التى تفرزها العلاقات بين الأفراد أو يفرزها كل تطور اجتماعى أو اقتصادى، فالقانون لا يمكن أن يعيش بمعزل عن هذه التطورات. لذلك إذا وجد الباحث أن بعض هذه التطورات تؤثر على العلاقات بين الأفراد، فإنه يقوم بتحليلها ودراسة عناصرها

([1])J. – L. BERGEL, Méthondologie juridique, THÉMIS, 2001. P. 51.

([2])J. – L. BERGEL, op. cit., p. 131. Selon l'auteur "Il faut rechercher comment on peut passer d'une situation de fait déterminée à la règle de droit ou, inversement, de la règle de droit à des situations de fait qui lui sont soumises. Il y a là un constant va – et – vient du droit au fait".

بشكل تفصيلى تمهيداً لإدخالها فى مجال القانون.

وهذا ما حدث عندما وجد فقهاء القانون أن الثورة الصناعية قد أسفرت عن تفوق اقتصادى لبعض الأفراد على حساب البعض الآخر، الأمر الذى ترتب عليه سيطرة طرف قوى يمتلك كل أدوات ووسائل النفوذ وطرف آخر ضعيف يفتقر حتى إلى قدرته على اتخاذ قرار حر بالتعامل مع هذه الكيانات الاقتصادية أم لا. لكن لما كان التعامل مع هذه الظاهرة يقتضى أولاً رصدها وتأملها، فإن المنظور الذى ينظر منه رجل القانون إلى الظاهرة هو الذى سيحدد طبيعتها التى قد يرى فيها علاقة عقدية، وقد يرى فيها حقاً شخصياً، وقد لا يرى فيها هذا ولا ذلك ولكن يعتبرها مركزاً قانونياً. والملاحظ أن اختلاف النظرة يؤدى إلى اختلاف النظام القانونى الواجب تطبيقه، والذى قد يكون نظاماً حمائياً وقد يكون مجرد قواعد تنظيمية لهذا المركز، أو عبارة عن قواعد تحدد حقوق وواجبات الشخص صاحب الحق[1].

---

[1] ويمكن أن نضرب مثالاً يبين أن اختلاف المنظور الذى تُرصد من خلاله الظاهرة يؤدى إلى اختلاف فى الأنظمة القانونية المطبقة عليها، هذا المثال يجد مصدره فى قانون العمل. فمن المعروف أن لصاحب العمل الحق فى إنهاء علاقة العمل التى تربطه بالعامل، لكن رصد الظاهرة يمكن أن يختلف من قانون لآخر حسب طبيعة النظرة التى تركز على هذه الظاهرة. فمثلاً رأى المشرع المصرى وكذلك القضاء أن قرار إنهاء علاقة العمل يعتبر استخداماً لسلطة مصدرها حق شخصى، الأمر الذى يترتب عليه خضوع هذا الإجراء لنظرية التعسف فى استعمال الحق، فمن طريق المعايير التى تحددها هذه النظرية يمكن تحديد مدى مشروعية قرار الإنهاء. لكن هذه النظرة لم يقبلها المشرع الفرنسى الذى رأى ومعه القضاء والفقه أن قرار إنهاء علاقة العمل يمثل تصرفاً قانونياً صادراً بالإرادة المنفردة، الأمر الذى يترتب عليه استبعاد نظرية التعسف فى استعمال الحق عند تحديد مدى صحة هذا القرار من عدمه. ولعل اختلاف النظرة هو ما أدى إلى وجود نظامين قانونيين مختلفين، حيث يطبق فى القانون المصرى نظرية التعسف فى استعمال الحق، بينما يطبق فى القانون الفرنسى نظرية الدافع الحقيقى والفعال.

فى تفصيل ذلك، أنظر رسالتنا فى الرقابة القضائية على إنهاء علاقات العمل لأسباب

لذلك فالسؤال الذى يطرح نفسه هو معرفة كيف نظر وتعامل فقهاء القانون المدنى مع سيطرة ونفوذ الطرف القوى على الطرف الضعيف؟

فى بداية الأمر، ذهب قلة من الفقهاء إلى أن هذه العلاقة لا تمثل سوى علاقة اقتصادية يجب أن تظل بمعزل عن القانون، أى أنها علاقة تخضع لقواعد النظام الاقتصادى الصناعى وما يمتلكه من أدوات اقتصادية تحدد الحقوق والواجبات بين هذه الأفراد، دون الدخول فى تحديد النظام القانونى لها. لكن الواقع أن هذه النظرة لم تستوقف أو تجذب أى من فقهاء القانون، لأنه كما ذكرنا فالقانون لا يستطيع أن يعيش بمعزل عن التطورات الاجتماعية والاقتصادية(1). كما أن الأنظمة القانونية تمدنا بالعديد من المجالات التى تعكس التأثير المتبادل بين القانون والعلوم الأخرى اجتماعية كانت أم اقتصادية(2)، بل وأحياناً طبية(3).

== اقتصادية والتى نوقشت فى فرنسا، ٢٠٠٤.

Ibrahim DAOUD, Le contrôle juridictionel des licenciments pour motif économique, thèse, Paris 1., 2004.

(1) د/ سحر عبد الستار، المحاكم الاقتصادية فى القانون المصرى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص٩ ، ١٠؛ د/ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة، ١٩٩٢، ص ٣٩؛ د/ أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، المصادر الإرادية (العقد ، الإرادة المنفردة) ٢٠٠٣، ص٢٩.

(2) والأمثلة عديدة فى هذا الموضوع، حيث إن معظم فروع القوانين الخاصة تتصل بالعديد من العلوم الأخرى. فعلى سبيل المثال نجد أن قانون الإيجار فى تنظيمه يخضع لعلاقات تبادلية عديدة مع الظروف الاقتصادية والاجتماعية. كذلك قانون حماية المستهلك الذى يلعب الاقتصاد دوراً كبيراً فى تطوره، وكذلك علم الاجتماع. وأيضاً قانون التأمين الاجتماعى الذى يعتبر فى مفترق طرق بين العديد من العلوم الاقتصادية والاجتماعية. وأخيراً يمكن أن نرى هذه العلاقات فى قانون البيئة الذى يرتبط بكل هذه الظروف ويتأثر بها ويؤثر فيها.

(3) يجسد قانون التأمين الاجتماعى هذا الارتباط، حيث تلعب العلوم الطبية دوراً كبيرا ==

لذلك فالبعض الآخر من فقهاء القانون رأى في سيطرة ونفوذ الطرف القوى مجرد مركز قانونى يجب أن يخضع لقواعد تنظيمية فقط، كما ذهب أنصار هذا الرأى إلى إنكار صفة العقد على علاقة الإذعان بين الأفراد. وعلى ذلك فهذه النظرة القانونية ترى في ظاهرة السيطرة التى يتمتع بها بعض الأفراد مجرد مركزاً قانونياً منظماً تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تسيطر على تفسير العملية وتطبيقها.

ولا شك أن هذه النظرة تنبثق من فكر فقهاء القانون العام الذين تأثر بهم بعض فقهاء القانون المدنى معتقدين أن مثل هذه المراكز تُفرض على الأطراف أو على أحد هذه الأطراف بغية تحقيق مصلحة عامة. ومصداقاً لرأى هذا الاتجاه، فإنهم يرون أن العقد ليس توافق إرادتين أو أكثر بقصد إحداث آثار قانونية فقط، ولكن يجب أن يتم التوافق عن حرية واختيار، أما فى حالة عقد الإذعان، فإن قبول الطرف الضعيف ليس نتيجة رضا واختيار ولكنه مفروض عليه عنوة لحاجته الماسة إليه، وعلى ذلك فأصحاب هذه النظرة القانونية يعتبروا أن عقد الإذعان يتضمن إهداراً لمبدأ حرية التعاقد كأحد المبادئ التى يقوم عليها العقد. يترتب على ذلك، أن علاقة الإذعان لا يمكن النظر إليها على أنها عقد وإنما مركز قانونى تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تسيطر على تفسير العملية وتطبيقها([1]).

= فى تحديد وتعريف أمراض المهنة وإصابات العمل كأحد أهم الموضوعات التى يدور حولها القانون الاجتماعى، وهذا يدل على أنهما يرتبطان بمروة وثقى ورابطة قوية.

([1]) د/ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف، ص٢٩، هامش ١. قام المؤلف بشرح مختلف الآراء القانونية فى مسألة طبيعة عقود الإذعان، من =

وبالرغم من حجج أصحاب هذا الرأى، إلا أنه لا يخلو من النقد. فعقد الإذعان لا يتضمن إهداراً لحرية التعاقد «غاية الأمر أنه يتم دون مفاوضة بين طرفيه. فأحدهما يوجد فى مركز قوى بما يتمتع به من نفوذ اقتصادى كبير يمكنه من فرض إرادته وإملاء شروط العقد على الطرف الآخر الذى يشغل مركزاً ضعيفاً لا يسمح له بمناقشة مضمون العقد أو التفاوض بشأنه. وهذا الوضع لا يتضمن إهداراً لحرية الطرف المذعن فى رفض التعاقد أو قبوله»[1]. وعلى ذلك فالإذعان لا يؤثر فى اعتبار العقد صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية مثل باقى العقود[2]. كل ما فى الأمر أن علاقة الإذعان تتميز بعدم التوازن فى الحقوق والالتزامات بين أطراف العلاقة التعاقدية، وهذا لا يجعلنا كما يذهب البعض – بحق – نقوم باختصام صحة عقود الإذعان. فحماية الطرف الضعيف من هذه العقود «لا يكون بإنكار

== حيث كونها علاقة اقتصادية أم مركز قانونى أم علاقة تعاقدية. وانتهى المؤلف إلى ضرورة اعتباره عقد صحيح مثل سائر العقود لما تفرضه طبيعة التعامل على العلاقات التعاقدية.

[1] د/ محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف فى الرابطة العقدية، بالمرجع السابق، ص ٧٧.

[2] ومن الآثار التى ترتبت على ظهور عقود الإذعان، ما ذهب إليه الكثير من الفقهاء بأنه حدث تقسيم جديد للعقود بين طائفتين، الأولى تسمى عقود المساومة والثانية تسمى عقود الإذعان. انظر فى تأييد هذا التقسيم، د/جميل الشرقاوى، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، رقم ١٣. د/عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، ١٩٩٠، ص١١٧، رقم ٦١. د/حسام الدين كامل الأهوانى، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، ١٩٩١ – ١٩٩٢، ص٣٠، رقم ٣٦. لكن على العكس من ذلك الاتجاه، انتقد الأستاذ الدكتور عبد المنعم الصدة هذا التقسيم. انظر فى ذلك د/ عبد المنعم الصدة، عقود الإذعان فى القانون المصرى، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، المرجع السابق، ص٧١ وما بعدها.

صفة العقد على عقد حقيقى تم بتوافق إرادتين، بل أن العلاج الناجح هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوى»([1]).

ولقد كان من آثار توجيه سهام النقد إلى هاتين النظرتين السابقتين أن استقر معظم فقهاء القانون على رصد علاقة الإذعان بين الطرف القوى والطرف الضعيف باعتبارها عقداً صحيحاً يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التى تخضع لها سائر العقود. لكن ما تتميز به عقود الإذعان هو سيطرة أحد طرفى العقد على تحديد بنوده، وانحسار دور إرادة الطرف الآخر فى تحديد آثاره المترتبة عليه. وعلى ذلك فعقد الإذعان عقداً صحيحاً ينتج جميع آثاره القانونية، إلا إذا استغل الطرف القوى نفوذه وضمن هذا العقد شروطاً مجحفة بمصالح الطرف الضعيف، عندئذ يتدخل المشرع والقضاء لإعادة التوازن المفقود بين طرفى العلاقة التعاقدية. فالذى يبرر التدخل لإعادة التوازن ليس هو ضعف أحد طرفى العقد، ولكن ما يبرر هذا التدخل هو استغلال الطرف القوى لهذا الضعف([2]).

والخلاصة أن الصورة التى التقطها فقهاء القانون المدنى

([1]) د/السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص ٣٠.

([2]) د/ السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، ج١، ص٢٣١ وما بعدها. د/عبد المنعم فرج الصدة، رسالته السابقة، فقرة ٩٩ وما بعدها. كذلك أنظر الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ١٢٤ فقرة ٩٤ التى يذهب فيها سيادته إلى أنه كانت «الطريقة التى يتم بها اتفاق الإرادتين فى عقد الإذعان سبباً فى اختلاف الفقهاء فيما يتعلق بطبيعة هذا العقد. ففريق ينكر عليه وصف العقد، فيرى أنه مركزاً قانونياً تنشئه إرادة منفردة، يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تسيطر على تفسير العملية وتطبيقها. فهو يجب أن يفسر كما يفسر القانون أو اللائحة وأن يطبق تطبيقاً تراعى فيه مقتضيات العدالة وحسن النية .... وفريق آخر يرى أن عقد الإذعان عقد حقيقى يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التى تخضع لها سائر العقود. وأنصار هذا الرأى هم جمهور فقهاء القانون المدنى فى فرنسا وجميعهم فى مصر».

لعلاقات الإذعان تعكس وتوضح ملامح عقد حقيقى يتم بتوافق إرادتين ويرتب آثاره القانونية مثل سائر العقود([1]). وقد دخلت بذلك علاقات الإذعان إلى حيز النظرية العامة للعقد فى القانون المصرى عن طريق الفقيه الكبير السنهورى الذى تأثر بالوضع فى القانون الفرنسى الذى رصد هذه الظاهرة فى البداية مطلقاً عليها Contrat d'adhésion ومعناه باللغة العربية عقد الانضمام. وهى تسمية لم يسايرها أستاذنا الدكتور السنهورى الذى أطلق مصطلح عقد الإذعان، وهو معنى يعكس بوضوح فكرة خضوع الطرف الضعيف، بعكس مصطلح عقد الانضمام الذى يعتبر أوسع دلالة، من حيث أنه يشمل عقود الإذعان وغيرها من العقود التى قد ينضم لها القابل دون مناقشة ودون أن يكون مضطراً.

لكن على الرغم من هذا التوحد فى النظرة الفقهية، إلا أن السياسة التشريعية لم تكن على نفس القدر من الاتفاق، حيث لم ينص المشرع الفرنسى على عقود الإذعان ضمن نصوص القانون المدنى، بينما قام المشرع المصرى بتنظيم هذه العقود ضمن نصوص

([1]) وهذا هو السبب فى استقرار الفقه المصرى على أن الطبيعة القانونية لعلاقات الإذعان تتمثل فى النظر إليه كعقد حقيقى مثل سائر العقود. ولقد قام فقهاء القانون المصرى والفرنسى بتفنيد حجج انصار التكييفات الأخرى. فى تفصيل ذلك أنظر د/عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، المرجع السابق الإشارة إليه، ص١٢٥. وفيه يرى سيادته أن «اتفاق الإرادتين فى العقد لا يعنى بالضرورة أن يكون لكل من الإرادتين دور معادل لدور الأخرى. ولا يشترط قانوناً لاتفاق الإرادتين اتفاقاً صحيحاً أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق أو أن يكون من عمل الطرفين، وكل ما يرد على حرية القابل فى عقد الإذعان لا يعدو أن يكون نوعاً من الضغط الاقتصادى الذى لا أثر له فى صحة التراضى. وجميع العقود مقيدة قليلاً أو كثيراً بضرورات النظام الاقتصادى. والسلطة اللائحية التى يراد إعطاؤها للموجب سلطة خطرة، لأنها تؤدى إلى الإضرار بمصالح الطرف المذعن».

القانون المدنى(1). والسؤال الذى يطرح نفسه هو معرفة كيف يمكن تفسير هذا الاختلاف بين القانون المدنى المصرى ونظيره الفرنسى؟

الفرع الثانى
اختلاف أسلوب القانون المدنى المصرى في التعامل مع عقود الإذعان عن المشرع الفرنسى وأثر ذلك على نطاق الحماية من الشروط التعسفية

يرجع السبب الرئيسى فى الاختلاف بين المشرع المصرى ونظيره الفرنسى إلى اختلاف الفلسفة التى يقوم عليها كل من القانونين. فالمشرع الفرنسى أخذ فى القانون المدنى القديم بفكرة الفردية الليبرالية بشكل مطلق.

وفى ظل هذا النظام القانونى القائم على الفردية، فإن فكرة العدالة وتوازن العقد لا يمكن قياسهما بطريقة موضوعية. فالإرادة التى أقدمت على التعاقد قد حققت العدالة بمعيار شخصى يتعارض مع أى محاولة لقياسه أو تعديله، والعقد لا يمكن إلا أن يكون عادلاً بمقاييس المتعاقدين فقط دون إمكانية تقييمه بمعايير موضوعية أو عن طريق أى جهة أخرى حتى لو كانت هذه الجهة هى السلطة التشريعية أو السلطة القضائية(2).

---

(1) ولقد حرص المشرع فى التقنين المدنى الحالى على أن يكفل حماية تشريعية للطرف المذعن. فأورد تنظيماً خاصاً للعقود الجديدة بهذا التنظيم، وهى عقد التزام المرافق العامة لم ٦٨٨ - ١٦٧٣ مدنى، وعقد العمل لم٦٧٤ - ٦٩٨ مدنى، وعقد التأمين لم ٧٤٧ - ٧٧١ مدنى، وهذا مع ملاحظة أن هناك الآن قانونان خاصان ينظمان عقد العمل وهما القانونان رقم ١٣٧ لسنة ٨١ المعدل بالقانون ١٢ لسنة ٢٠٣، والقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ الخاص بالتامين الاجتماعى.

(2) د/حسن عبد الباسط جميعى، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دارالنهضة العربية، ١٩٩٦، ص٩. د/ نعمان محمد خليل جمعه، دروس فى المدخل للعلوم ==

فالمشرع بتبنيه مبدأ الفردية المطلقة يصبح دور القضاء فى تحقيق العدالة العقدية أمراً مستحيلاً[1]. لأن كل تدخل جديد فى العقد يمكن أن يترتب عليه تشويه أو تحريف الأسس والقواعد التى يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة الذى لا يتوقف أثره على وقت تكوين الرابطة العقدية وما يترتب عليها من مبدأ الحرية التعاقدية فى إبرام العقد أو التحلل منه، لكنه يمتد ليشمل قدرة الأفراد على تضمين العقد ما يشاءون من شروط تعاقدية. وإلى جانب ذلك، فالأساس الذى تقوم عليه فلسفة الفردية الليبرالية أدى إلى وجود مبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة، دون الأخذ فى الاعتبار بإمكانية وجود تفاوت فى القدرة الاقتصادية أو الفنية بين الأطراف. وهذا المنطق أسفر عن وجود مساواة ظاهرية عند إبرام العقد، ولكنها تخفى عدم توازن واضح فى الحقوق والالتزامات. لكل هذه الأسباب كان من المنطقى ألا يتم الاعتراف بعقود الإذعان فى ظل مذهب الفردية الليبرالية لأنه يتعارض مع الأسس التى تقوم عليها ويؤدى إلى نتائج تتعارض مع أهدافها. من أجل ذلك رفض المشرع الفرنسى النص على عقود الإذعان ضمن نصوص القانون المدنى القديم[2].

= القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ٥٥١؛ د/ حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، ط١، مطبعة مصر، ١٩٤٩، ص ٢٥.

(١) فوفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، تصبح إرادة الإنسان غير قابلة للتقييد من قبل أى مصدر خارجى. وبذلك تصبح الإرادة هى: أساس القوة الملزمة فى التعاقد، وهى التى تتحكم فى تحديد مضمون العقد والالتزامات التى تقع على عاتق كل من أطرافه. فى تفصيل هذا المبدأ ونتائجه على العقد، أنظر د/أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، ط ١٩٤٥، ص ١٠؛ د/ حسين عامر، المرجع السابق، ص٤٥؛ د/عبد الودود يحيى، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ٣٩٤ وما بعدها؛ د/حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص١٠.

(٢) كان من نتيجة قيام الثورة الفرنسية والتى اتخذت حرية الفرد شعاراً لها وأكدت =

وعلى عكس الوضع فى القانون الفرنسى، نص المشرع المصرى فى قانونه المدنى على عقد الإذعان. فالمشرع المصرى وإن كان قد أخذ بنظرية الإرادة فى مجال العقود «إلا أنه لم يترك الإرادة حرة مطلقة، وإنما أورد عليها بعض القيود من أجل تحقيق العدالة، وذلك تحت تأثير المذهب الاجتماعى فى مفهوم العقد»([1]). وعلى ذلك فالمشرع المصرى لم يسر فى نفس الاتجاه الذى سار فيه القانون المدنى الفرنسى القديم بصورة كلية. وذلك لأنه وإن أخذ بالإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد، مثل نظيره الفرنسى، إلا أنه لم يأخذ

= ذلك فى إعلان حقوق الإنسان والمواطن، أن ساد الفكر الفردى. وفى ظل هذا المناخ الثورى، تم وضع القانون المدنى الفرنسى فى ٢١ مارس ١٨٠٤. انظر فى تفصيل ظروف نشأة هذا القانون وأهدافه وفلسفته، د/محمد جمال عطية عيسى، مفهوم العقد، دراسة مقارنة فى الفكر القانونى الغربى والفقه الإسلامى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص٣٥. ولقد أضاف المؤلف أنه قد طلب من واضعى القانون «وضعه بصورة منفصلة عن مفاهيم الماضى، ومتفقة مع مبادئ الثورة وأهدافها، ولهذا كانت الحرية هى الطابع المميز لهذا القانون باعتبار أن الحرية هى هدف الثورة وشعارها».

([1]) د/ محمد جمال عطية عيسى، البحث السابق، ص ٥٣ ، ٥٤. ويرى المؤلف أنه مما يؤكد أن المشرع المصرى قد أخذ بالإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد، ما جاء بالمادة ١/١٤٧، والتى تقرر الأخذ بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. ويضيف أن مما يؤكد أنه لم يأخذ بالإرادة بصورة مطلقة، وإنما قيدها بقيود عديدة من أجل تحقيق العدالة والمصلحة العامة، أنه نظم عقود الإذعان والشرط الجزائى ونظرية الظروف الطارئة وغيرها من النظريات والعقود التى تتيح للقاضى التدخل لتعديل العقد فى حالة عدم التوازن العقدى من أجل تحقيق العدالة العقدية. ويفسر المؤلف هذا المنحى التشريعى فى القانون المدنى المصرى، بأنه تم وضعه فى القرن العشرين، أى فى الوقت الذى ساد فيه المذهب الاجتماعى فى الفكر القانونى، ولهذا فإنه قد تأثر به، وحاول أن يجمع بين مزايا المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى فى مجال القوة الملزمة للعقد، وأن يكون موقفه معتدلاً لا متطرفاً. وهذا على خلاف القانون المدنى الفرنسى الذى وضع فى القرن التاسع عشر، فى ظل سيادة المذهب الفردى.

بها بصورة مطلقة وإنما قيدها ببعض القيود من أجل تحقيق العدالة والمصلحة العامة. ولذلك قيد من سلطان الإرادة وأعطى للقاضي سلطة تعديل العقد إذا اقتضت العدالة ذلك فى عقود الإذعان. وتتويجاً لهذا الفكر نص المشرع فى المادة ١٤٩ من القانون المدنى المصرى على أنه «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضى أن يعدل فى هذه الشروط، أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك». ويتضح من هذا النص أن سياسة المشرع المصرى تهدف إلى حماية الطرف الضعيف ضد نفوذ الطرف الأقوى اقتصادياً الذى غالباً ما يُضمن العقد شروطاً مجحفة بالطرف الأول، وتحقيقاً لهذه الغاية، كان لابد من إعطاء القاضى سلطة تقديرية فى تحديد الشروط التعسفية على ضوء مبادئ العدالة.

لكن من الجدير بالذكر أن الخلاف بين القانون المدنى ونظيره الفرنسى قد أصبح خلافاً ظاهرياً فقط. فهذا الأخير قد تطور بشكل ملحوظ على يد القضاء الذى استطاع أن يتمرد على مذهب الفردية[1] المطلق مستعيناً بالعديد من أدوات وأفكار المذهب الاجتماعى[2]. فمن الجدير بالذكر أن الوقت الحاضر يشهد تطورات قانونية تختلف عن المنصوص عليه فى القانون المدنى

---

(1) فمن الجدير بالذكر أنه تحت تأثير الظروف الاجتماعية والاقتصادية الجديدة التى مر بها المجتمع الفرنسى فى القرن العشرين، أنه قد خرج القانون المدنى الفرنسى فى حالات عديدة عما تنادى به نظرية الإرادة من أجل تحقيق العدالة والمصلحة العامة.

(2) يقصد بالمذهب الاجتماعى مجموعة الأفكار التى تبدأ من المجتمع لا من الفرد. وعلى ذلك فعلى عكس مذهب الفردية الذى ينظر للفرد فقط، فإن المذهب الاجتماعى ينظر للفرد فقط، فإن المذهب الاجتماعى ينظر للمجتمع على أنه كائن له مقوماته الذاتية وإرادته الخاصة. وعلى ذلك يرى أنصار المذهب الاجتماعى أن الهدف الأول للقانون هو تحقيق مصلحة الجماعة، وليس مجرد أداة لتحقيق مصالح الأفراد مثل المذهب الفردى.

الفرنسى القديم. وللتدليل على ذلك يمكن أن نذكر فى عجالة ملاحظتين تتعلق أولاهما بالتدخل المتزايد للقاضى، بينما تتعلق الثانية بانطلاق القوانين الخاصة التى تشهد تطوراً كبيراً من أجل حماية الطرف الضعيف. فالمشرع والقضاء أثبتا ضرورة هجر الفرضيات والمسلمات الفردية المطلقة التى استند عليها القانون المدنى الفرنسى القديم الصادر فى عام ١٨٠٤. فتطور العلاقات التعاقدية أدى إلى رفض هذه المسلمات التى تفترض قدرة كل متعاقد على الدفاع عن مصالحه الخاصة. وإلى جانب هذا التطور التشريعى، فإن القضاء قد انطلق مدفوعاً بحرص كبير على تحقيق العدالة التعاقدية بين أطراف العقد ولم يقف مكتوف الأيدى أمام ظاهرة انعدام التوازن العقدى. ولكى يبرر تدخله استطاع القاضى أن يجدد فى أفكار القانون المدنى عن طريق إعادة تفسير أفكاره التقليدية وبث فيها روح التجديد. فعلى سبيل المثال طور القضاء أفكاراً عديدة مثل فكرة عيوب الإرادة وفكرتى المحل والسبب، ومبدأ حسن النية أثناء تنفيذ العقد.

كل ذلك أعطى للقاضى الفرصة لأن يستند على هذه الأفكار القانونية المتطورة ويستخدمها كأدوات قانونية لتحقيق ظاهرة التوازن العقدى.

واستمراراً على نفس المسيرة قام القضاء الفرنسى بمحاربة ظاهرة عدم التوازن العقدى عن طريق محاربة الشروط التعسفية التى تنشأ بين أطراف العقد وتؤدى إلى تحقيق هذه الظاهرة. وأهم ما يميز السياسة القضائية الفرنسية هو تمتعها بقدر كبير من الجرأة فى محاربة ظاهرة عدم التوازن العقدى. بل إن عدم النص فى قواعد القانون المدنى الفرنسى على تحريم الشروط التعسفية وربطها بعقد الإذعان مثل القانون المدنى المصرى جعل القضاء الفرنسى حراً فى

توسيع دائرة الأطراف الضعيفة التى تستحق الحماية دون التقيد بفكرة الطرف المذعن.

الفرع الثالث

الأسباب التفسيرية للربط التشريعى بين الشروط التعسفية وعقود الإذعان

تكلمنا عن نشأة علاقات الإذعان نتيجة تطورات الحياة العملية وظهور ما سمى بالثورة الصناعية، ثم وضحنا أسباب الاختلاف بين المشرع المصرى ونظيره الفرنسى فيما يتعلق باعتبار علاقات الإذعان تمثل عقداً صحيحاً يرتب كل آثاره القانونية مثل سائر العقود. وبينا أن المشرع المصرى مدفوعاً بمبادئ المذهب الاجتماعى، نص على عقود الإذعان وأحاطها بنظام قانونى يتمثل فى تدخل القاضى لتعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها، وذلك على ضوء مبادئ العدالة. لكن السؤال الذى يطرح نفسه هو لماذا ربط المشرع بين الشروط التعسفية وعقود الإذعان؟

الواقع أن الارتباط بين الشروط التعسفية وعقود الإذعان يرجع إلى أن هذه الأخيرة تمثل التربة الخصبة لنمو الأولى، اى أنها بيئة صالحة تساعد على استغلال الطرف القوى للطرف الضعيف. فمن الطبيعى أن عقود الإذعان والشروط التعسفية يجمعها علاقة سببية. فوجود عقد الإذعان يعتبر بمثابة السبب أو المقدمة المنطقية التى يترتب عليها وجود شروط مجحفة كنتيجة لهذا السبب أو المقدمة.

لكن ليس معنى ذلك أن علاقة السببية التى تجمع عقود الإذعان بالشروط التعسفية تعمل بشكل تلقائى، فالذى ينشئ هذه الرابطة هو استغلال الطرف القوى لنفوذه وإجباره للطرف الضعيف على قبول شروط مجحفة. فمجرد توافر عقد الإذعان، كعقد صحيح، لا يترتب عليه احتوائه على شروط تعسفية، فهذا الارتباط

يتوقف على شرط واقف وهو تعسف الطرف القوى فى استعمال سلطاته لتحقيقه مكاسب ومصالح على حساب الطرف الآخر. فكما ذكرنا ليس ضعف الطرف المذعن هو الذى يترتب عليه وصف العقد بالتعسف الذى يقتضى تدخل القاضى لإزالته، ولكن ما يستوجب هذا التدخل هو عنصر الاستغلال الذى يشوب العلاقة التعاقدية بين الطرفين.

المطلب الثانى
تعريف الشروط التعسفية
فى ظل نظرية عقود الإذعان

اتضح لنا من خلال ما درسناه أن الشروط التعسفية ترتبط بمروة وثقى ووشيجة قوية مع عقود الإذعان، فالمشرع قد رصدهما سوياً، بحيث أنه يجمعهما وصف مشترك، فلا يذكر أحدهما دون ذكر الآخر. وإذا كان الشرط التعسفى يعتبر بنداً من بنود عقد الإذعان، فإنه لا يمكن أن يوصف بأنه ممارسة لحق شخصى أو تعبير عن سلطة تنظيمية ناتجة عن ممارسة مركز تنظيمى. وإعمال هذه المقدمة يقتضى وجود نتيجة منطقية مفادها أنه ليس من الملائم أن نحدد ونعرف الشروط التعسفية فى عقود الإذعان فى ضوء نظرية التعسف فى استعمال الحق التى نصت عليها المادة الخامسة من القانون المدنى المصرى والتى احتوت على عدة معايير يترتب على توافر أياً منهم اعتبار الحق الشخصى الذى مارسه صاحبه متعسفاً فيه([1]).

([1]) تنص المادة الخامسة من القانون المدنى المصرى على أنه :«يكون استعمال الحق غير مشروع فى كل الأحوال الآتية:

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

(ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ==

فهذه النظرية وإن كانت تساهم فى تحديد معايير التعسف، إلا أنها لا تنطبق فى حالة الشروط التعسفية فى عقود الإذعان، وذلك لأسباب قانونية وأخرى عملية([1]).

أما عن الأسباب القانونية التى تحول دون تطبيق هذه النظرية على تحديد الشروط التعسفية فى عقود الإذعان، فإنه يمكن القول أن نظرية التعسف فى استعمال الحق لا تنطبق إلى فى حالة ممارسة صاحب الحق لسلطة يخولها له حق شخصى. وهذا هو نطاق تطبيقها الذى لا يمكن أن يمتد إلى غيره إلا بنص صريح من المشرع. وبتطبيق هذه القاعدة على حالة الشروط التعسفية فى عقد الإذعان يتضح عدم إمكانية تطبيقها لأن المشرع فوض القاضى فى تحديدها فى ضوء مبادئ العدالة كما يتضح من نص المادة ١٤٩ من القانون المدنى المصرى. إذن فبمفهوم المخالفة، فإن نظرية التعسف فى استعمال الحق لا تجد أسباب أو أسس تطبيقها فى مجال الشروط التعسفية. ولا يقدح من ذلك القول بأن سلطة الطرف القوى فى صياغة بنود العقد يعتبر تجسيداً لحق شخصى، لأن هذه السلطة تجد مصدرها فى ظروف الواقع الاقتصادى والاجتماعى، وعلى ذلك فانفراد الطرف القوى بصياغة العقود «لا يعدوا أن يكون سلطة واقعية وليس سلطة يخولها حق شخص ما. لذا، فالقول بأن حظر الشروط

= (ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة».

([1]) على عكس ذلك يرى بعض الفقه المصرى أنه: «يمكن للقاضى أن يستهدى فى بحثه عما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا بمعايير التعسف فى استعمال الحق المنصوص عليها فى المادة الخامسة من القانون المدنى. فيعتبر الشرط تعسفياً إذا لم يقصد به سوى الإضرار بأحد المتعاقدين، أو إذا كانت المصالح التى يقصد من الاتفاق على الشرط تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب أحد المتعاقدين من ضرر بسببها، أو إذا كانت هذه المصالح غير مشروعة». فى تفصيل ذلك الرأى انظر د/محمد لبيب شنب، الوجيز فى مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، ١٩٩٩، ص٢٧٧، رقم ٢٠٥».

التعسفية يشكل تطبيقاً لفكرة التعسف فى استعمال الحق أمر لن يخلو من النقد»(1).

وإلى جانب هذا التحليل القانونى، فإن هناك أسباب عملية تدعو إلى رفض الاستعانة بمعايير التعسف فى استعمال الحق فى تحديد الشروط التعسفية فى عقود الإذعان. ففى الواقع يعتبر اللجوء لمعايير التعسف فى استعمال الحق غير كافى لتحديد الشروط التعسفية تحديداً كاملاً وشاملاً لكل حالات التعسف ألتى تصيب الطرف الضعيف، لأنها تؤدى فى كثير من الأحيان إلى حصر وصف التعسف فى إطار ضيق. ففى أحيان كثيرة يتوافر الشرط التعسفى بالرغم أن الطرف القوى لم يتعمد الإضرار بالطرف الضعيف ولم يهدف إلى تحقيق مصالح غير مشروعة(2). ولا شك أن تطبيق نظرية التعسف بهذا الشكل يؤدى إلى الإضرار بمصالح الطرف الضعيف الذى يحرص المشرع على حمايته. فكل معايير تؤدى إلى تضييق

---

(1) د/محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف فى الرابطة العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، المرجع السابق، ص ١٣٣. كذلك فى القانون الفرنسى يعتبر الفقيه جستان من المعارضين لانطباق نظرية التعسف فى مجال العقد،

GHESTIN, L'abus dans les contrats, Gaz. Pal., 20 août 1981, p. 383.

(2) د/محمد حسين عبد العال، البحث السابق، ص ١٣٣. والمؤلف ذكر بالإضافة إلى ما قلناه فيما يتعلق بعدم ملائمة نظرية التعسف فى التطبيق على حالة تحديد معايير الشرط التعسفى، أن هناك أسباب أخرى تجعل الأمر أكثر صعوبة وتضييقاً على الطرف الضعيف، خاصة إذا كان هذا الأخير هو المستهلك الذى تسمى النظم القانونية لحمايته. حيث يرى المؤلف انه بالإضافة إلى عدم قدرة نظرية التعسف على حصر كل حالات الضعف، فإنها غير ملائمة لحماية المستهلك. «هذا فضلاً عن الصعوبات التى تكتنف قيام المستهلك بإثبات توافر إحدى الحالات التقليدية للتعسف فى جانب المهنى، سيما إذا تعلق الأمر بمقاصده ونواياه».

نطاق الحماية يجب أن تستبعد. ولعل أفضل طريقة لتحديد الشروط التعسفية هو اللجوء للنصوص القانونية المنظمة لعقود الإذعان وذلك للتعرف على كيفية تحديد هذه الشروط.

لاشك أن أفضل حماية للطرف المذعن من الشروط التعسفية يكمن فى تحديد هذه الشروط ثم وضع جزاء فعال لتحقيق هذا الهدف. والواقع أن السياسة التشريعية فى تحديد الشروط التعسفية لا تخرج عن طريقتين، **الأولى** أن يقوم المشرع بوضع تعريف محدد لها أو بتحديد معايير محددة يترتب على توافرها وجود الشرط التعسفى. وهذه الطريقة تميل لها دائماً القوانين الخاصة بحماية الأطراف الضعيفة مثل قانون العمل أو قانون حماية المستهلك([1]). لكن القانون المدنى فى كثير من الحالات يميل إلى طريقة **ثانية**، وهى ترك بعض المفاهيم بدون تحديد مع تفويض القاضى بالقيام بهذه المهمة فى ضوء تطورات الواقع وما يستجد من ظروف. أى أن هذا الترك يكون متعمداً من قبل القانون المدنى، لكن ليس الهدف منه أن يترك المشرع مهمة التعريف للقاضى أو التخلى عن مسئوليته المقدسة فى حماية الطرف الضعيف، بل على العكس فإن القانون المدنى يهدف من هذا الترك إلى توفير أكبر قدر من الحماية للطرف الضعيف. فحرص المشرع على عدم جمود بعض الأفكار المرنة عن طريق وضع تعريف محدد، جعله يفوض القاضى فى هذا التحديد، ولضمان نجاح القاضى فى هذه المهمة، أعطاه المشرع سلطات واسعة. وفى هذا الصدد يذهب الأستاذ الدكتور/ حسن جميعى إلى أن المشرع «لم يعمد فى نص المادة ١٤٩ مدنى مصرى إلى تحديد المقصود بالشروط التعسفية، وهو ما يترك لقاضى الموضوع سلطة مطلقة فى قياس مدى التعسف والإجحاف بالنظر إلى ظروف وملابسات كل حالة على حدة

([1]) أنظر الفصل الثانى الذى يتعلق بحماية المستهلك فى ضوء قوانين حماية المستهلك.

وبالنظر إلى الظروف الشخصية لأطراف التعاقد. ومادام الأمر كذلك فإن السلطة التقديرية المطلقة لن تخضع لأى معقب وبالتالى لن تخضع لرقابة محكمة النقض»([1]).

ولضمان نجاح الرقابة القضائية على الشروط التعسفية فى عقود الإذعان، حرص المشرع على أن تتميز هذه الرقابة بعدة خصائص يمكن سردها بإيجاز، ولكن لن نتخطى فى هذا الإيجاز حد الضرورة، وحد الضرورة هو أن يكون البيان كافياً للإشارة إلى الوجهة العامة للمشرع، وأن يكون كافياً لتقرير النتائج التى يقبلها المنطق القانونى. ولا شك أننا نحاول أن نستنتج من هذه الخصائص بعض المؤشرات التى تساعدنا على وضع تعريف للشروط التعسفية.

وهذه الخصائص يمكن حصرها فى ثلاث نقاط كالآتى: -

١- حرص المشرع على أن تكون الرقابة القضائية متعلقة بالنظام العام. والنظام العام كأحد الأفكار الأخلاقية الحمائية، هو مجموعة أو منظومة الأسس التى يقوم عليها المجتمع سواء كانت أخلاقية أم اجتماعية أم اقتصادية أم سياسية. وكون الرقابة

([1])J. – L. BERGEL, Méthodologie juridique, op. cit., p. 116.

ويرى الفقيه الفرنسى أن القانون فى حاجة دائمة إلى مجموعة من الأفكار المرنة ذات المحتوى المتغير والمتنوع مثل فكرة العدالة والمصلحة العامة وحسن النية.

"Le droit a, en effet, besoin d'un certain nombre de notions souples, à contenu variable, comme la faute .... l'intérèt générale, l'équité.....".

ومن الجدير بالذكر أن الفقيه قد أشار إلى أن المشرع يدخل أحياناً هذه الأفكار متعمداً فى نصوص القانون لكى يتيح للقاضى والسلطة الإدارية مساحة كبيرة من التقدير.

"Le législateur introduit souvent, délibérèment, des notions indéterminées dans les textex pour laisser au juge ou aux autorités publiques une plus grande liberté d'appréciation".

القضائية متعلقة بالنظام العام يترتب عليه أن كل اتفاق على استبعادها يكون باطلاً. وهذا المسلك التشريعى قُصد منه استبعاد أى اتفاق أو أى وسيلة قد تؤدى إلى منع القاضى من مباشرة سلطاته فى الرقابة على الشروط التعسفية.

٢- جعل المشرع الرقابة القضائية متصفة بالاتساع والشمولية لكل أنواع الشروط التعسفية. وعلى ذلك تشمل الرقابة كل الشروط، سواء علم بها المذعن أم لم يعلم. ولقد كان المشرع موفقاً فى هذا التوسيع «ذلك أن الطرف المذعن لا يستطيع رفض الشرط الذى يتضمنه العقد حتى ولو علم به وكان مدركاً لمدى الإجحاف الذى يُعرضه إليه»[١]. وإذا كان بعض الفقهاء انتقدوا هذا التوجيه التشريعى بحجة أن تدخل القاضى يشمل تعديل الشرط أو إلغائه[٢]، الأمر الذى ينافى القواعد العامة المتعلقة بتفسير العقود، إلا أن هذا المسلك التشريعى قد أثنى عليه العديد من الفقهاء. والحقيقة أن الاستناد لقواعد التفسير العامة التى وضعها المشرع يمكن أن يكون نقداً مقبولاً لو كان الذى قام بالتوسع فى الرقابة هو القضاء، أما إذا كان المشرع وهو صاحب الاختصاص الأصيل فى وضع القواعد القانونية التى توسع وتضيق دور القاضى نفسه، فإن النقد لا يكون فى محله، فالمشرع يستطيع أن يخرج على بعض القواعد العامة إذا

---

(١) د/ حسن عبد الباسط جميعى، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص ٢٤٦. ويرى سيادته أن مما لا شك فيه أن المشرع المصرى بتبنيه لنص المادة ١٤٩ يكون قد تبنى نصاً يختلف عن الصيغة التى وردت بالمشروع التمهيدى مما يعنى أن المشرع قد هجرها وكل المناقشات والأعمال التحضيرية المرتبطة بها. فالمشرع وقد تبنى نصاً تحمل صيغته حماية أكثر اتساعاً وشمولاً مما ورد بالمشروع التمهيدى قد قصد تغليب اعتبارات العدالة والتوازن بين الالتزامات التعاقدية على غيرها من الاعتبارات».

(٢) د/ حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

اقتضت الضرورة ذلك. ولا شك أن ضعف الطرف المذعن وانحسار إرادته تحديد بنود العقد، يشكل استثناءاً يقتضى تدخل المشرع لتعديل بعض القواعد العامة، طالما أنها لا تحقق الحماية لهذا الطرف. وهذا لا يشكل أى انتهاك أو خروج على الأصول القانونية، طالما بقى الخروج فى دائرة ونطاق الاستثناء على القاعدة العامة. وعلى ذلك فلا يمكن «نقد السلطة المعطاة للقاضى بموجب هذا النص بحجة أنها تخرج عن القواعد العامة فى التفسير والمطالبة بضرورة الالتزام بما ترد به الشروط واضحة العبارات، ذلك أن المشرع هو صاحب الحق فى تقدير ضرورات الخروج عن أحكام القواعد العامة وفقاً للمتغيرات والظروف المستجدة التى تقتضى ذلك»[1].

٣- إلى جانب ما سبق، أعطى المشرع للقاضى حرية الاستناد إلى مبادئ العدالة[2] بما تحويه من أفكار أخلاقية[1] يمكن أن

---

(1) د/ حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص ٢٤٧. ولقد قام سيادته بالرد على من يرى عدم التوسع فى حماية الطرف الضعيف عن طريق منح القاضى سلطة التدخل فى تقدير الشروط التعسفية. ثم تعرض سيادته لأثر التوسع فى تحديد الشروط التعسفية على استقرار المعاملات، حيث ذهب البعض إلى أن التوسع فى حماية الطرف الضعيف يمكن أن يؤدى إلى عدم الاستقرار فى المعاملات على أساس أن القضاء يمكن أن يتطرف فى حماية الطرف الضعيف بشكل كبير عن طريق التوسع فى تعريف هذه الشروطلكن الأستاذ الدكتور/ حسن جميعى رد على ذلك بأن القضاء المصرى قد نجح فى بعض الأحيان فى عدم الإنزلاق نحو التطرف فى تحديد المقصود بالشروط التعسفية. لكنه اقترح ضرورة وجود نظام تشريعى ونظم إدارية مصاحبة له تضطلع بوضع تعريف محدد للشروط التعسفية بوجه عام وبوجه القضاء فى شأن التمييز بين الشروط التعسفية بطبيعتها والشروط التى لا يمكن اعتبارها كذلك إلا فى ضوء بعض الظروف والملابسات المحيطة بالتعاقد وأشخاصه.

(2) يقصد بقواعد العدالة ما يستقر فى النفس والوجدان من شعور يستهدف المساواة مع مراعاة الظروف والملابسات. هذا التعريف لقواعد العدالة مشار إليه عند الأستاذ الدكتور/ محمد حسام لطفى فى كتابه المدخل لدراسة القانون الذى تكلم فيه عن تعريف قواعد ==

ينهل منها وهو فى سبيل تقدير الشروط التعسفية. ومما لا شك فيه أن السؤال الذى يطرح نفسه هو معرفة المقصود بقواعد العدالة؟ الواقع أن معظم الأفكار الأخلاقية مثل فكرة العدالة وفكرة حسن النية تعتبر من الأفكار المرنة التى يتركها المشرع بدون تحديد لمرونتها وقدرتها على استيعاب الكثير من الأفكار والإشكاليات التى يفرزها الواقع العملى. ولعل هذا هو أهم ما يميز الأفكار الأخلاقية التى يستعين بها المشرع فى دائرة القانون الذى يتسم بالتحديد الدقيق، الأمر الذى قد يصيب نصوصه أحياناً بالجمود فى مواجهة التطورات، لذلك فالاستعانة بالأفكار الأخلاقية المرنة يجعل القانون قادر دائماً على استيعاب ما يستجد من أحداث ووقائع قد يصعب على القاضى حلها إذا استند إلى القواعد القانونية المنصوص عليها. لكن هذا لا يعنى أن هذه الأفكار غير محددة وغامضة، فهى أفكار قابلة للتحديد ولكنها تستطيع أن تتكيف مع مشاكل غير محدودة.

== العدالة مع ذكر بعض الملاحظات المتعلقة بها، ومنها، أن هذه القواعد لا ترد القاضى إلى ضابط يقينى وإنما هى تلزمه أن يجتهد رأيه، وأن يكون هذا الرأى مبنياً على أسس موضوعية عامة. وذكر سيادته أن تفويض القاضى فى تطبيق قواعد العدالة يعتبر شأنها فى ذلك شأن الإذن للقاضى بأن يطبق ما كان يضع هو من القواعد لو عهد إليه بأمر التشريع (المادة ١/٢ من التقنين المدنى السويسرى)، أو المبادئ العامة فى قانون الدولة (م ٣ من التقنين المدنى الإيطالى)، أو مبادئ القانون العامة فحسب (م ١ من التقنين الصينى).

أنظر فى تفصيل ذلك د/محمد حسام لطفى، المدخل لدراسة القانون فى ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، نظرية القانون، الطبعة الرابعة، ١٩٩٨ - ١٩٩٩، ص ٢٠٧ وما بعدها.

(١) انظر فى العلاقة بين العقد والأخلاق:

J. CARBONNIER, Flexible droit, LGDJ, 9ème édit., 1998.

Ch. CARDAHI, Droit et morale, LGDJ, 1950.

G. RIPERT, La règle morale dans les obligation civiles, 1949, 4ème édit., Rééd, 1994.

إذن فكرة العدالة يمكن النظر إليها على أنها العدالة العقدية، وهذا يجعلنا نتفق مع كل من يرى أن العدالة هى مرادف لفكرة التوازن العقدى بين أطراف العقد. بيد أن هذا التوازن يُنظر إليها من زاوية موضوعية، بمعنى أنه يمثل التكافؤ بين الطرفين فى الحقوق والالتزامات.

وبناء على ذلك يمكن تعريف الشرط التعسفى بأنه ذلك الشرط الذى يؤدى إلى المساس بالتوازن العقدى بين الطرفين المتعاقدين، وما يقتضيه من تكافؤ وتعادل فى الحقوق والواجبات. وحرصاً من المشرع على إعادة هذا التوازن العقدى، أعطى للقاضى السلطة فى تقدير هذا التوازن فى ضوء قواعد العدالة. فإذا رأى القاضى أن الشرط التعسفى أدى إلى عدم التوازن العقدى، فإنه يقضى بتعديله أو إعفاء الطرف المذعن منه.

ولقد تبنت العديد من تشريعات الدول العربية مسلك المشرع المصرى([1]). فعلى سبيل المثال نقلت دولة الإمارات العربية نص المادة ١٤٩ حرفياً، حيث نص فى المادة ٢٤٨ من القانون المدنى لدولة الإمارات العربية على أنه «إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضى به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

ولقد تأكد هذا التطابق فى قانون المعاملات المدنية الإماراتى من خلال ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون بأنه «خول المشرع فى هذه المادة المحكمة الحق فى إعادة التوازن بين المتعاقدين إذا كان العقد عقد إذعان وتضمن شروطاً تعسفية».

([1]) د/ حسن عبد الباسط جميعى، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

وبناء على ذلك، نجد أن الهدف التشريعى من النص على الرقابة على الشروط التعسفية يتمثل فى حرص المشرع على إعادة التوازن العقدى فى عقود الإذعان، ولقد استعان المشرع فى تحقيق هذه الغاية بالرقابة القضائية كوسيلة لإعادة التوازن العقدى المفقود فى عقود الإذعان. فمما لا شك فيه أن عقود الإذعان نفسها تعتبر تجسيداً لعدم توازن اقتصادى بين طرفى قوى يستطيع أن يحدد كل بنود العقد بمفرده وطرف ضعيف لا يملك سوى قبول التعاقد كله أو رفضه كله. لكن ليس معنى ذلك أن يستغل الطرف القوى هذا الموقف ويضمن العقد شروطاً تعسفية، فقد يتوافر فى العقد صفة الإذعان، لكن يحرص الطرف القوى على مناقشة الطرف الضعيف لبنود العقد ولا يضمنه أي شروط تعسفية. أما إذا حدث العكس، فإن هنا يتوافر عدم التوازن العقدى، الأمر الذى يحرك سلطة القاضى فى الرقابة على الشروط التعسفية من أجل إعادة التوازن المفقود.

المبحث الثانى
التحديات والصعوبات التى تؤثر فى قدرة نظرية الإذعان على احتواء كل أنواع الشروط التعسفية فى العلاقات الاستهلاكية

هذا المبحث يدور حول مدى إمكانية اتساع عقود الإذعان لقبول عقود الاستهلاك ضمن طائفتها القانونية المحددة، بهدف مد مظلة الحماية التشريعية للمستهلك، فى حالة وجود شروط تعسفية يفرضها عليه المهنى أو المحترف. وهذا يمثل هدف قانونى لا يتسرب إليه أدنى شك، لذلك حرص الفقه على ضرورة استفادة المستهلك من النظام القانونى للحماية ضد الشروط التعسفية المنصوص عليه فى عقود الإذعان.

لكن السؤال الذى يطرح نفسه هو معرفة ما إذا كان عقد الإذعان بمفهومه الذى تبناه واضعو القانون المدنى يستطيع مواكبة التطورات التى صاحبت العلاقات الاستهلاكية والتى منحتها خصوصية وسمات قد تجعلها مختلفة فى بعض الأوجه عن علاقات الإذعان؟

الواقع أن الكثير من الفقهاء يرون إمكانية ذلك، لكنهم يروا أن السبيل الوحيد هو محاولة تطوير وتجديد مفهوم عقد الإذعان أملاً فى تمكينه من استيعاب التطورات الجديدة المصاحبة للعلاقات الاستهلاكية. فليس من شك أن هناك الكثير من الأفكار القانونية، خاصة المبادئ والأفكار العامة التى تستطيع أن تستوعب العديد من المشاكل، لكنها فى حالة ماسة إلى البعث أو التجديد. وهذه الحاجة تظهر بوضوح فى ظل وجود مشاكل جديدة تزحف من كل فج وتقتحم طريقها كإشكاليات قانونية تحتاج لحلول قانونية من مسارب لا حصر لها. وإذا لم نحسن البناء الداخلى للنظرية العامة

للعقد، ونرسخ حلولها على دعائم قانونية سليمة، فإنها ستواجه نقص فى نظامها القانونى تسعى لكى تستكمله من أفكار العقود الخاصة. وهذا باب لو فتح ستهب منه خلافات ومشاكل فقهية وقضائية عديدة.

وهذا الأمر هو ما دفع الفقه إلى تطوير مفهوم عقود الإذعان وإلى محاولة تجلية كل الحقائق المطمورة وتكملة ملامحه وتفصيلاته لكشف الغطاء المضروب على جانب منها. كل ذلك من أجل الوصول إلى مفهوم واسع لعقود الإذعان قادر على استيعاب كل وصف للطرف الضعيف، خاصة المستهلك.

لذلك يمكن تقسيم هذا **المبحث** إلى **مطلبين** يتعلق **الأول** بإشكالية ضيق مفهوم عقود الإذعان، بينما يتعلق **الثانى** بدور الفقه الحديث فى توسيع مفهوم عقود الإذعان وإلحاق عقود الاستهلاك بها.

المطلب الأول
إشكالية ضيق مفهوم عقود الإذعان

من الجدير بالذكر أن المشرع المصرى لم يقم بوضع تعريف محدد لعقود الإذعان، وهذا المسلك التشريعى يظهر دائماً فى نصوص القانون المدنى الذى يترك، كما ذكرنا متعمداً بعض الأفكار بدون تحديد مسنداً سلطة التعريف للفقه والقضاء. ولعل هذه السياسة التشريعية تهدف إلى وضع مبادئ عامة ومرنة تستطيع مواكبة الظروف المتجددة، فالقضاء والفقه يقومان بالتجديد المستمر لهذه المبادئ والأفكار العامة بالشكل الذى يضمن فى النهاية قدرتها على استيعاب المستجدات التى تحدث فى المجتمع.

لكن الفقه التقليدى حصر عقود الإذعان فى طائفة ضيقة بأن قام بوضع شروط محددة على سبيل الحصر يجب أن تتوافر فى أى

عقد حتى يمكن وصفه بأنه عقد من عقود الإذعان. ولا شك أن هذا التحديد أدى إلى وضع مفهوم مضيق لعقود الإذعان، ولقد تبنى هذا الاتجاه معظم الفقهاء والقضاء فى مجموعه([1]). ثم «اعتنقتها المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى، وأسهب السنهورى فى عرض تلك الشروط، وجاءت محكمة النقض المصرية واعتنقت تلك الفكرة. ومن مصر انتقلت النظرة التقليدية إلى سائر جهات الفقه والقضاء فى البلاد العربية»([2]).

ولقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى أن عقود الإذعان تمتلك عدة سمات ومزايا تجعلها مختلفة عن غيرها من العقود، فبداية يتعلق محل العقد بسلع ومرافق تعتبر من الحاجات والضرورات الأساسية بالنسبة للمستهلكين، وإلى جانب كون السلع والخدمات ضرورية فإنها يجب أن تكون محتكرة احتكاراً قانونياً أو فعلياً، الأمر الذى يترتب عليه اختفاء أى منافسة حقيقية تصب فى النهاية فى مصلحة المستهلك. وأخيراً وضعت المذكرة الإيضاحية سمة ثالثة تتبلور فى وجوب عرض السلع والخدمات إلى الجمهور وبشروط متماثلة على وجه الدوام. ونتيجة لذلك استقر الوضع فى القانون المصرى والدول العربية على أن هناك ثلاث معايير محددة على سبيل الحصر لعقود الإذعان. لكن هذه المعايير أو الشروط أو الخصائص المميزة لهذه العقود تحتاج إلى تحليل قانونى لكل عنصر على حدة([3]).

([1]) د/محمد بندارى، حماية المستهلك فى عقد الإذعان، بحث مقدم فى ندوة حماية المستهلك فى الشريعة والقانون، التى نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، ١٩٩٨، ص ٦.

([2]) د/حسام الدين الأهوانى، حماية المستهلك فى إطار النظرية العامة للعقد، بحث مقدم فى ندوة حماية المستهلك فى الشريعة والقانون، ص ٥.

([3]) ومن أمثلة عقود الإذعان، عقد العمل فى الصناعات الكبيرة، وعقد التأمين بأنواعه ==

المعيار الأول : احتكار السلع والخدمات المقدمة للمستهلك:

حسب هذا المعيار، لا يوجد عقد الإذعان إلا فى ظل الاحتكار الذى عرفه أستاذنا الدكتور عبد المنعم فرج الصدة بأنه يعنى قدرة المحتكر على فرض شروط العقد مع التيقن من عدم انصراف المتعاقد الآخر عن التعاقد لأنه لن يجد أى بديل آخر للمتعاقد المحتكر([1])، الأمر الذى يجعله مهدداً بعدم قدرته على الحصول على محل التعاقد الذى يتميز فى عقود الإذعان بأنه يتعلق بسلع أو خدمات غير خاضعة لأى منافسة أو على الأقل لا نعرف سوى منافسة محدودة النطاق نتيجة الظروف الاقتصادية أو الاتفاق بين أصحاب السلع والخدمات([2])». أما إذا سادت المنافسة الحرة فلا يمكن أن يوجد عقد إذعان حيث سيجد المستهلك دائماً من يقدم له شروطاً أفضل رغبة فى جلب أكبر عدد ممكن من العملاء.

لكن إذا كانت عقود الإذعان تتطلب احتكاراً وسيطرة اقتصادية من جانب طائفة التجار أو مقدمى السلع والخدمات للمستهلكين حتى يمكن وصفها أو تكييفها قانوناً بهذا الوصف، إلا أن المشكلة ليست محصورة فى هذا الإطار الضيق، لأن الاحتكار قد لا يكون واضحاً كما أنه قد يكون فعلياً ويصعب

== المختلفة، وعقد النقل مع مصلحة السكك الحديدية، وشركات السيارات العامة، وشركات البواخر وشركات الطيران، وعقد الاشتراك فى المياه والنور والغاز والتليفون والتعاقد مع مصلحة البريد. «ففى كل هذه العقود يعرض الموجب إيجابه بصورة قاطعة لا تقبل النقاش، ولا مفر للطرف الآخر من القبول لأنه يتعاقد مع محتكر سلعة أو مرفق من ضروريات الحياة التى لا غنى عنها».

د/ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سبق الإشارة إليه، ص١٢٠.

([1]) د/ عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان فى القانون المصرى، رسالة دكتوراه، ص٥٨.

([2]) نقض مدنى مصرى ١٩٨٨/٥/٨ الطعن رقم ٢٤٢٤ لسنة ٥٤ ق، موسوعة الفكهانى، ملحق رقم ٦ ، ص ٨٩٦.

بالتالى التعرف عليه أو تحديده قانوناً[1]. كما أن الواقع العملى قد أفرز صوراً عديدة من العلاقات التعاقدية التى يخضع فيها أحد المتعاقدين للآخر دون وجود هذا المعيار الاقتصادى المتمثل فى احتكار أحد الطرفين لمحل العقد، فعدم التوازن بين المتعاقدين وما يترتب عليه من عدم تكافؤ بين الالتزامات التعاقدية يظهر فى أنواع أخرى من العقود. وفى الجملة، فإن التفاوت الاقتصادى بين أطراف العقد لا يؤدى بالضرورة إلى وجود عقد إذعان، وبمعنى آخر «فإن مجرد التفاوت فى القدرة الاقتصادية - ناهيك عن اختلاف القدرات الفنية والقانونية – لا يعنى وجود حالة من حالات الإذعان الفعلى القانونى فى مفهوم الفقه والقضاء المصريين»[2]. لذلك يرى جانب من الفقه أن العبرة فى تحديد عقود الإذعان ليست بالعنصر الاقتصادى متمثلاً فى النفوذ الاقتصادى الذى يتمتع به الموجب[3].

المعيار الثانى : ضرورية السلعة أو الخدمة :

استقرت أحكام محكمة النقض المصرية منذ زمن بعيد على تعريف السلع الضرورية بأنها السلع التى «لا غنى للناس عنها والتى لا

---

(1) د/حسن عبد الباسط جميعى، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص١٠٢.

(2) د/حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص١٠٢. ويرى سيادته أنه إذا كان البحث فى العقود التى تتغلب فيها قدرات أحد أطرافها على الطرف الآخر قد يومى بأن تلك العقود هى بالضرورة من عقود الإذعان، إلا أن عدم التوازن بين الالتزامات التعاقدية يظهر فى أنواع أخرى من العقود. فمن ناحية أولى، ليس عقد الإذعان مرادفاً بالضرورة لشروط التعسف، فربما يكون العقد من عقود الإذعان ولكن يحرص الطرف الأقوى فيه – جهة حكومية على سبيل المثال – على توفير السلعة أو الخدمة بأقل تكلفة وأفضل جودة. ومن ناحية ثانية، فإن تفاوت القدرة بين أطراف التعاقد لا يعنى بالضرورة إذعان أحدهما للآخر.

(3) د/محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف فى الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص ٧٩.

تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون فى وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ... كما أن انفراد الموجب بإنتاج سلعة أو الإتجار فيها لا يعد احتكاراً يترتب عليه اعتبار العقد المبرم بشأنها من عقود الإذعان ما لم تكن تلك السلعة من الضروريات الأولية للجمهور بالمعنى المتقدم»([1]).

ويظهر من موقف محكمة النقض أن محل عقود الإذعان يجب أن يرد على سلع أو خدمات ضرورية لكل الجمهور وليست كذلك بالنسبة لطائفة محددة، أو شخص معين، كما يجب أن تتسم بالأهمية التى يمكن معها القول بأن جمهور الأفراد لا يستطيع الاستغناء عنها إلا بصعوبة بالغة تعكس آثاراً سلبية على حياتهم، ومن أمثلة السلع التى يتوافر فيها عنصر الضرورة: الكهرباء والمياه والتليفون .... إلخ.

ومن الجدير بالذكر أن هذا المعيار يرتبط بعروة وثقى ووشيجة قوية مع معيار الاحتكار الذى لا يمكن أن يرد إلا على سلعة أو خدمة ضرورية. وبالتالى فهو عنصر محدد للاحتكار، أى يضع قيداً عليه، فالفقه والقضاء فى مصر «لا يسمحان بالمساواة بين التفوق الاقتصادى أو حتى الاحتكار وبين وصف العقد بأنه من عقود الإذعان. وإنما يلزم بالإضافة لهذا الاحتكار أن يتوافر للسلعة أو الخدمة محل التعامل وصف الضرورة الأولية»([2]).

([1]) نقض مدنى ١٢ مارس ١٩٧٤، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢ ص ٤٩٢ رقم ٨٠، نقض مدنى، ٢٢ مايو ١٩٥٤، المجموعة السابقة، السنة الخامسة، ص ٧٨٨ رقم ١١٩.

وانظر فى التعليق على هذا الحكم:

د/ محمد المرسى زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكترونى، الإثبات الإلكترونى) (المستهلك الإلكترونى)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص ١٤٣ وما بعدها.

([2]) د/حسن جميعى، المرجع السابق، ص ١٠٦.

وعلى ذلك، فإذا كان عنصر الاحتكار الذى تبناه الفقه أدى إلى تضييق مفهوم عقود الإذعان، فإن اشتراط ضرورية السلع والخدمات يؤدى إلى زيادة فى تحديدها، الأمر الذى يترتب عليه عدم قدرة هذه العقود على استيعاب صوراً من العقود التى يفرزها الواقع العملى.

المعيار الثالث : عمومية الإيجاب واستمراريته :

فالإيجاب فى عقود الإذعان يجب أن يكون حتمياً([1])، أى يتحتم على الموجب أن يكون فى حالة عرض لسلعته ويقدمها لكل من يطلبها من الجمهور([2])، وذلك لما يتمتع به من احتكار قانونى أو فعلى([3]). وإلى جانب ضرورة أن يكون الإيجاب حتمياً([4])، فإنه يجب

([1]) فالإيجاب فى عقد الإذعان إيجاب يصدر فى صورة قاطعة، ويشتمل على كل شروط العقد الجوهرية والتفصيلية، ولا يكون الموجب على استعداد للمناقشة فيه، وبذلك لا يحتاج لتمام العقد إلى أكثر من مجرد قبول يكون بمثابة تسليم وإذعان لم صدر من الموجب.

د/ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق الإشارة إليه، ص١٢١.

([2]) أى هو إيجاب عام يوجه إلى الجمهور بشروط متماثلة تصدر من محتكر قانونى أو فعلى.

([3]) د/محمد إبراهيم بندارى، حماية المستهلك فى عقد الإذعان، بحث مقدم فى ندوة حماية المستهلك فى الشريعة والقانون، سابق الإشارة إليه ، ص ٨.

([4]) إلا أن هذا لا يمنع فى بعض الصور من أن يكون العرض الصادر من الطرف القوى فى العقد مجرد دعوة إلى التعاقد لا ترقى إلى مستوى الإيجاب، وذلك حين تكون شخصية الطرف المذعن محل اعتبار فى العقد، كما هو الحال حين ترسل شركة التأمين شروط التأمين ونسخة من العقد إلى أحد الأشخاص، إذ أن هناك اعتبارات شخصية يجب أن تبحثها الشركة قبل التعاقد. كما انه لا يمنع فى صور أخرى أن يكون الإيجاب مصحوباً بتحفظات ضمنية مقتضاها أن يكون استعداد الموجب للتعاقد فى حدود طاقة المشروع، كما هى الحال بالنسبة لمصلحة السكك الحديدية التى تستطيع أن ترفض المسافرين إذا كانت الأماكن قد نفذت. ومع ذلك فحتى فى هذه الصورة يكون العرض، فيما عدا التحفظات الضمنية لتلك الاعتبارات الشخصية، متضمناً لكل شروط التعاقد.

د/ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ١٢١.

أن يكون مستمراً، أى دائم ويصدر لمدة غير محددة، وهذا ما يميز الإيجاب فى عقود الإذعان عن نظيره فى عقود المساومة التى لا تتطلب أن يكون هذا الإيجاب مستمراً. وأخيراً يتميز الإيجاب بصدوره بشروط محددة وفى قوالب نموذجية تحتوى على شروط مطبوعة غالباً تخدم مصلحة الطرف القوى اقتصادياً فهى أحياناً تخفف من مسئوليته التعاقدية وأحياناً أخرى تشدد من مسئولية المذعن(١).

ويذهب الأستاذ الدكتور حسن عبد الباسط جميعى إلى أنه لا يجب أن يؤدى اشتراط هذا العنصر فى عقود الإذعان إلى الخلط بينها وبين طائفة أخرى من العقود تسمى العقود النموذجية التى تتميز بكون الإيجاب فيها عاماً ودائماً، لكن هذا الشرط يكفى وجوده حتى ولو منفرداً فى العقد حتى يمكن وصفه بالعقد النموذجى، أما فى عقود الإذعان فإن توافر هذا العنصر لا يترتب عليه اعتبار العقد من عقود الإذعان إلا إذا تضافر معه العنصران السابق ذكرهما، وهما احتكار الموجب أو تفوقه الاقتصادى ثم ضرورية السلعة أو الخدمة المقدمة من الموجب. «فإذا كان وجوب صدور إيجاب عام ودائم هو بالضرورة عنصر من عناصر الإذعان، فإن عقد الإذعان لا يوجد إلا بتوافر كافة العناصر اللازمة لوجوده»(٢).

---

(١) د/السنهورى، الوسيط فى شروح القانون المدنى، مصادر الالتزام، المجلد الأول، رقم ١١٦؛ د/محمد إبراهيم بنداري، البحث السابق ذكره، ص ٨.

(٢) د/حسن جميعى، المرجع السابق، ص ١٠٦. ويرى سيادته أن العقد النموذجى هو عقد معد مسبقاً ليتم التعاقد بموجبه فى الظروف الموحدة توفيراً للوقت والنفقات فى عمليات التعاقد التى تتميز إما بالإذعان من قبل الطرف المنظم للعقد أو بعدم قدرته على التفاوض فى مجال التعاقد لنقص خبرته وقلة كفاءته .... ويبين من ذلك أن العقود النموذجية ليست بالضرورة من عقود الإذعان. أنظر كذلك، د/أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمى بجامعة الكويت، س١٦، ص ٢٤٥.

يتضح إذن من خلال العرض السابق أن الفقه والقضاء المصريين قد قاموا بتضييق نطاق عقود الإذعان باشتراط شروط محددة على سبيل الحصر، كما اشترطوا ضرورة اجتماعها، بحيث لا يمكن تصور وجود هذه الطائفة من العقود فى حالة غياب أى منها، لأنها متشابكة يرتبط كل منهما بالآخر.

لكن هذا التضييق فى تعريف عقود الإذعان أصبح منتقداً من جانب عدد غير قليل من الفقه الذى يرى أن نصوص القانون المدنى المنظمة لعقود الإذعان لم تقيد مفهومها بهذه القيود العديدة التى تبناها الفقه والقضاء منذ نشأة هذه العقود، الأمر الذى ترتب عليه عدم توفير حماية كافية للطرف المذعن، ولعل هذا ما دفع هذا الجانب الفقهى فى الآونة الأخيرة إلى إعادة النظر فى مفهوم عقود الإذعان لإيجاد مفهوم حديث يكفل قدر من الحماية للطرف المذعن[1].

المطلب الثانى
محاولات الفقه فى توسيع مفهوم عقود الإذعان لزيادة قدرته على استيعاب الشروط التعسفية

من الجدير بالذكر أن عقود الإذعان قد مرت بظروف خارجية وأخرى تتعلق بمعاييره الخاصة، الأمر الذى جعلها فى حالة تدعو إلى التعديل أو التجديد. فهناك ظروف اقتصادية وأخرى تتعلق بنظرية العقد بصفة عامة وأخيراً ظروف تتعلق بعقد الإذعان بصفة خاصة.

فيما يتعلق بالظروف الاقتصادية، يمكن القول بأن تطور مفهوم عقد الإذعان أصبح ضرورة تستوجبها حماية الطرف المذعن فى مواجهة مجتمعات الإنتاج الضخم التى تتعامل من خلال عقود

---

[1] د/ محمد إبراهيم بندارى، حماية المستهلك فى عقد الإذعان، البحث السابق ذكره، ص١١.

نموذجيــة وفــى غيــاب أى مفاوضــات أو مناقشات حقيقيــة، بحيــث يمكن القول أن عقود الإذعان أصبحت وسيلة فى يد الطرف القوى لفرض كل شروطه على الطرف الضعيف([1]).

وإلى جانب تطور الظروف الاقتصادية، فإن هناك ظروف أخرى تتعلق بنظرية العقد نفسها وتتمثل فى نداءات الفقه بضرورة العمل على تجديد نظرية العقد التى أصبحت عاجزة فى بعض الأحيان على مجارات التطورات التى تطرأ على الواقع العملى. فليس من شك أن المبادئ العامة للعقد لن تستطيع مواكبة هذه التطورات وهى جامدة بدون تطور. ولعلاج هذا القصور، فإنه يجب العمل على إحياء وتجديد النظرية العامة للعقد، وذلك إما عن طريق تجديد المبادئ التقليدية أو عن طريق إدخال مبادئ عامة وقواعد قانونية جديدة ظهرت وطبقت فى مجال العقود الخاصة([2])، ولا شك أن مبادئ عقود الإذعان فى حاجة ماسة للإحياء والتجديد.

أما عن الظروف التى تتعلق بعقد الإذعان نفسه، فهى ظروف خاصة بعقد الإذعان تدفعه لاستكمال النقص المستشرى فى بعض أحكامه، الأمر الذى جعله ميداناً يجتمع فيه طرف قوى يمتلك كل وسائل القوة لفرض إرادته، وآخر تجرد من كل وسائل الحماية والدفاع من أجل البقاء وحفظ حقوقه. هذه الظروف جعلت الفقه الحديث يتدخل من أجل توسيع مفهوم عقد الإذعان ليشمل أكبر طائفة ممكنة من الأطراف الضعيفة والتى من أهمها شريحة المستهلكين.

لذلك يذهب الفقه الحديث إلى ضرورة هجر المفهوم الضيق

([1]) د/حسام الأهوانى، البحث المشار إليه سابقاً، ص ٦.

([2])N. RZEPECKI, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, PUAM, 2002, p. 585.

لعقد الإذعان والعمل على توسيع هذا المفهوم[1] بشكل يخدم مصلحة الطرف الضعيف ويعيد التوازن بين أطراف العقد. فذهب البعض إلى أن عقود الإذعان لم تعد الآن «هى العقود التى تقوم على الاحتكار الفعلى أو القانونى لسلعة أو خدمة معينة. بل امتد مفهوم هذه العقود ليشمل العقود التى تُعد من قبل أحد المتعاقدين سلفاً، ودون أن يملك الطرف الآخر مناقشتها، وما عليه إلا قبولها، أو رفضها، وعادة ما يكون الطرف الذى يستقل بصياغة هذه العقود فى مركز قوى، نظراً لإمكانياته الفنية والمادية كما هو الحال فى شركات التأمين»[2]. فالفقه الحديث يعرف عقد الإذعان بأنه ذلك العقد الذي يخضع فيه أحد المتعاقدين، وهو الطرف المذعن، لعقد محرر سلفاً من جانب واحد، بحيث يتضمن تفصيلياً كل الشروط اللازمة للتعاقد بدون أى مفاوضات أو مناقشات من الجانب الآخر. وعلى ذلك فلا محل لشرط احتكار الطرف القوى للسلع الضرورية كمعيار محدد لعقد الإذعان، لأن فى هذا تضييق لا مبرر له، فما يميز عقد الإذعان هو ضعف الطرف المذعن وعدم تساويه فى المركز مع الطرف الآخر، وقبوله دون مناقشة، أو مفاوضة حقيقية للعقد

---

(1) أنظر فى هذه المحاولات:

د/ محمد المرسى زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص ١٤٧ وما بعدها.

(2) د/حسن حسين البراوى، التزام المؤمن بالأمانة فى مرحلة إبرام العقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ٢٠٠٦ ، ص ٤٢. وفى هذا البحث يحاول المؤلف إثبات أن عقد التأمين يدخل ضمن عقود الإذعان بالمعنى الواسع الذى يتبلور فى غياب المفاوضات الحقيقية قبل إبرام العقد. وبذلك يبرر الباحث إدراج عقد التأمين فى طائفة عقود الإذعان وتمتعها بنفس القواعد الحمائية التى يتمتع بها الطرف المذعن، «فالاهتمام فى الوقت الراهن هو بتحقيق المساواة، والعدالة العقدية بين المتعاقدين، نتيجة للتدخل أحادى الجانب من أحد المتعاقدين».

المعد مسبقاً لمعرفة الطرف الآخر([1]). إذن المعيار الجوهرى لعقد الإذعان كما يذهب الأستاذ الدكتور حسام الأهوانى هو أن يتم القبول فى صورة التسليم بالشروط التى عرضها الموجب دون أدنى مناقشة، ولكن يجب أن يتم ذلك فى إطار علاقة بين موجب وسائر العملاء أى فى غير علاقة بين طرفين([2]). فإذا كان عقد الإذعان لا يتضمن إهداراً لمبدأ حرية التعاقد، إلا أن ذلك ليس معناه عدم وجود إجراءات تفاوضية حقيقية تعكس هذه الحرية.

ومن الجدير بالذكر أن حظر المفاوضة على الطرف الضعيف عند إبرام العقد هو الذى يضفى على العقد وصف الإذعان، لأن هناك حالات تعاقدية لا يصاحبها أى مفاوضات ومع ذلك لا يتوافر هذا الوصف. فهناك حالات يمكن أن يسبقها مفاوضات ولكن الطرف الآخر يهملها ولا يتمسك بها، فغياب المفاوضات هنا لا يشوب العقد بوصف الإذعان. أما منع المفاوضات وحظرها على الطرف الضعيف الذى لا يستطيع المطالبة بها فهو الذى يضفى على العقد وصف الإذعان. «فخصوصية عقد الإذعان من هذه الزاوية لا تبدو فى مسعى المتعاقد ورغبته فى التفاوض أو إحجامه وعزوفه عن ذلك، وإنما تكمن فى حظر التفاوض المفروض عليه من المتعاقد الآخر، وذلك الحظر الذى يؤدى به إلى الإذعان للتعاقد. لذا، فإن مراعاة

([1]) د/حسام الأهوانى، حماية المستهلك فى إطار النظرية العامة للعقد، البحث السابق، ص٥.

د/محمد إبراهيم بندارى، حماية المستهلك فى عقد الإذعان، البحث السابق، ص٨.

([2]) د/حسام الأهوانى، البحث السابق الإشارة إليه، ص ٥. ويرى سيادته أن صفة الطرف المذعن تتوافر من مجرد أن إعداد العقد قد تم مسبقاً بواسطة الطرف الآخر الذى يقوم بتحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد بالصورة التى تحقق مصلحته، ولا يقبل المناقشة فى شروطها، فيتمثل ضعف الطرف المذعن فى أنه يقوم بعملية منفردة لم يفكر ولم يعد نفسه لها مقدماً عند طلبه الحصول على السلعة أو الخدمة.

الدقة تقتضى القول أن الإذعان ليس دائماً وليد انعدام المفاوضات، إنما يتحقق بالأحرى كنتيجة لحظرها»([1]).

وفي الجملة، يذهب الفقه إلى تغليب المعيار القانونى على المعيار الاقتصادى الذى لا يكفى لتحديد وصف الإذعان. ومن الجدير بالذكر أن هذا المعيار القانونى يتمثل فى «الانضمام لعقد نمطى أو نموذجى انفرد أحد الطرفين بصياغته، وينضم إليه الطرف الآخر دون أن يستطيع حقيقة تعديله»([2]).

ويذهب البعض إلى أنه من الأفضل عدم انفراد معيار واحد بتحديد مفهوم عقود الإذعان، فالأفكار العامة غالباً ما تحتاج إلى أكثر من معيار يتضافر كل منها مع الآخر من أجل التوسيع فى محتوى العقد. لذلك يمكن القول بأن عقد الإذعان يساهم فى تحديده على الأقل معياران، الأول اقتصادى يتمثل فى وجود قدرة اقتصادية وفنية لأحد أطرافه تجعله فى وضع أقوى من الطرف المذعن، والثانى معيار قانونى يتمثل فى انفراد الطرف القوى بوضع بنود العقد دون وجود مفاوضة حقيقية مع الطرف المذعن([3]). لكن

([1]) د/محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف فى الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص٨١.

([2])GHESTIN, Traité de droit civil, La formation du contrat, L.G.D.J., 1993, p. 77.

([3]) هنالك رأى فقهى يرى أنه لا يمكن الفصل بين العنصرين الاقتصادى والقانونى بصدد تحديد عقد الإذعان. ويرجع السبب من وجهة نظره إلى أن المعيارين يرتبطان بعروة وثقى ووشيجة قوية حيث تربطهما علاقة سببية بمقتضاه يكون احدهما نتيجة للآخر. «فالنفوذ الاقتصادى الذى يتمتع به الموجب يعد سبباً يقود إلى نتيجة معينة تتمثل فى انفراده بوضع شروط العقد وحظر التفاوض بشأنها، بما يضطر العاقد الآخر إلى القبول إذعاناً لمشيئته». فى تفصيل ذلك الرأى انظر: د/محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف، المرجع السابق، ص٨١.

كثير من الفقهاء يرى الاكتفاء بالمعيار القانوني حتى يمكن التوسع بشكل أكبر في مفهوم العقد([1]).

وإذا كان الفقه الحديث قد استطاع التوسيع في مفهوم عقد الإذعان ليخرج من النطاق الضيق الذي رسمه له الفقه والقضاء منذ نشأة هذا العقد، إلا أن هذا العمل لا يمثل هدف فقهي بل يعتبر وسيلة قانونية عن طريقها توصل الفقه إلى نتيجة مفادها أن المستهلك العادي هو المحل الحقيقي للحماية التي نص عليها المشرع في عقود الإذعان. فبعد استعراض الخصائص المميزة لعقد الإذعان، وجد الفقهاء أنه يمكن مطابقتها بالخصائص المميزة لعقد الاستهلاك. وعندما نستعرض التحليل الفقهي لهذا التطابق بين عقود الاستهلاك وعقود الإذعان، فإننا لن نسرد أحكام كل منهما ونبسط آثارهما، فكل هذا مشروح في مواطنه لمن شاء الرجوع إليه. وإنما الذي يهمنا هنا أن نشير إلى أن الفقه الحديث وضع تعريفاً للمستهلك على أنه كل متعاقد يكون طرفاً مذعناً أي قابلاً في عقود الإذعان. وعلى ذلك تكون الحماية الواردة في صدد عقود الإذعان تنطبق على كل من يتوافر فيه هذا الوصف أياً كان صفته مستهلكاً أم مهنياً.

فإذا كان ما يميز عقود الإذعان أن الطرف المذعن يخضع لإرادة الطرف القوي الذي تحركه مصلحته فقط لإبرام عقد يتم

([1]) فالبعض من الفقهاء كان أقل تشدداً حيث اكتفى بمجرد غياب قدرة المتعاقد على مناقشة بنود العقد للقول بوجود عقد الإذعان، أي أنه ليس بشرط توافر الاحتكار للسلعة أو الخدمة من جانب أحد المتعاقدين من أجل الاعتراف بكون الآخر في موضع الإذعان له. وإنما يكفي أن ينفرد أحد الأطراف بوضع شروط التعاقد مسبقاً. في تفصيل ذلك أنظر، د/محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، ٢٠٠١ – ٢٠٠٢، ص ٥١، ٥٢. ويضيف سيادته أن هذا الرأي «هو الأقرب للقبول لما يحققه من حماية للطرف الضعيف في العقد من خلال توسيعه لفكرة الإذعان. وأيضاً لأن فكرة الاحتكار نفسها نسبيه تختلف من شخص إلى آخر».

بدون مناقشة حقيقية لشروط العقد المعد مسبقاً، فإن الفقه يرى أن هذا المعيار يتوافر أيضاً فى عقود الاستهلاك بشكل ظاهر. بمعنى أن المحترف فى عقود الاستهلاك وبما له من قدرات فنية واقتصادية يستطيع أن يبرم عقداً لا يخدم سوى مصلحته الشخصية مهدراً مصالح المستهلك الذى لا يملك سوى قبول العقد أو رفضه ولا يستطيع مناقشة المحترف فى بنود العقد التى يعدها مسبقاً. فعدم المساواة بين طرفى العقد يترتب عليه «غياب النقاش الحقيقى بينهما، فالمستهلك من واقع ضعفه وحاجته إلى السلعة المعروضة أو الخدمة المقدمة لا يستطيع أن يكون نداً للمهنى بأى من الأحوال»([1]).

والخلاصة أن الفقه المصرى الحديث يرى أن التوسع فى تعريف عقود الإذعان يمثل منهجية قانونية ضرورية يتم عن طريقها مد نطاق الحماية والنطاق القانونى لهذه العقود على تلك المبرمة بين المهنى والمستهلك([2]). ولا شك أن هذا التوسع يضمن حماية للمستهلك قد

([1]) د/عمر محمد عبد الباقى، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، عين شمس، ٢٠٠٤، ص ٤٦٥. ولقد ذهب الباحث إلى أن شمول عقود الإذعان وامتداد أحكامها لعقود الاستهلاك يمكن تأسيسه على وحدة أسباب عدم التوازن وتماثل ظروف التعاقد فى كل منهما.

([2]) أنظر فى ذلك :

د/ محمد المرسى زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص ١٤٧ وما بعدها، ويرى سيادته «أن تزود المستهلك بكثير من السلع والخدمات يعتبر من عقود الإذعان للأسباب الآتية:

١- أن الاحتكار لا يعنى الانفراد، وإنما يكفى أن تكون المنافسة محدودة ....

٢- أن الاحتكار ليس شرطاً مستقلاً وإنما هو قرينة على أن القبول اقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ..... .

٣- أن الاحتكار ليس مقصوداً لذاته، فالمهم أن يكون الموجب فى وضع يمكنه بالفعل من فرض شروط التعاقد .....».

تكون ملاذه الوحيد ، خاصة وأن المشرع لم يتبن قانوناً للشروط التعسفية فى عقود الاستهلاك. ولذلك يذهب الأستاذ الدكتور حسن جميعى إلى أنه يجب على المشرع المصرى أن يعيد النظر فى القيود التى وضعها القانون المدنى فيما يتعلق بتحديد المقصود لعقود الإذعان. «فمن متابعة ما يجرى عليه العمل فى دول السوق الأوروبية ، نجد أنها توسعت فى المقصود بعقود الإذعان، بما أتاح بسط الحماية المقررة لهذه العقود على أى عقد يقوم أحد أطرافه بتحريره مسبقاً لينضم إليه الطرف الآخر بدون مناقشة شروطه»[1].

([1]) د/حسن عبد الباسط جميعى، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص ٣١٤. ومن الجدير بالذكر أن سيادته قد قام بدراسة مقارنة تشمل العديد من الأنظمة القانونية، وركز سيادته على دور الفقه والقضاء فى توسيع مفهوم عقود الإذعان بشكل يخدم مصالح الطرف الضعيف بصفة عامة والمستهلك بصفة خاصة.

المبحث الثالث
تقييم أسلوب التعامل غير المباشر
مع الشروط التعسفية من منظور عقود الإذعان

رأينا أن حماية المستهلك من الشروط التعسفية فى القانون المدنى اقتضت التعامل معها من منظور نظرية عقود الإذعان، الأمر الذى يمكن أن يؤثر على نطاق الحماية من هذه الشروط. وذلك لأن الارتباط بين الشروط التعسفية وعقود الإذعان يجعل من غير المتصور تخيل وجود شروط مجحفة خارج نطاق هذه العقود. وهو أمر يستحق التقييم نظراً لأن الواقع العملى يؤكد وجود شروط تعسفية خارج نطاق نظرية عقود الإذعان. كما أن أسلوب التعامل غير المباشر وما ترتب عليه من عدم تحديد للشروط التعسفية وترتب عليه تحفظ القضاء فى كثير من الحالات التى طُلب منه الحكم بوجود مثل هذه الشروط. فلماذا ربطت السياسة التشريعية بين الشروط التعسفية وبين عقود الإذعان؟ ولماذا تحفظ القضاء عن توسيع نطاق الحماية من الشروط التعسفية؟

الإجابة على هذين التساؤلين تقتضى تقييم أسلوب كل من المشرع والقضاء فى التعامل مع الشروط التعسفية، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، فإن دور الفقه يستوجب التقييم، فيما يتعلق بمحاولاته فى توسيع مفهوم عقود الإذعان من أجل زيادة قدرته الاستيعابية للشروط التعسفية. ولا شك أن هذه العملية القانونية التى قام بها العديد من الفقهاء تستوجب ضرورة تقييمها لمعرفة إلى أى درجة يمكن التوسع فى دائرة عقود الإذعان، وهل هذا الاتساع فى المفهوم يتلائم مع الطفحات الاقتصادية التى أسفرت عن وجود العديد من العلاقات التعاقدية ذات الخصائص التى تجعلها تستعصى على الاندماج مع القوالب التقليدية فى القانون المدنى، بصفة عامة، وفى

نظرية عقود الإذعان، بصفة خاصة.

لذلك نرى أن الحديث فى هذا المبحث يقتضى البحث فى مطلبين، الأول يتعلق بتقييم السياسة التشريعية والقضائية، والثانى يتعلق بتقييم موقف الفقه.

المطلب الأول
تقييم سياسة المشرع والقضاء فى التعامل مع الشروط التعسفية

ذكرنا أن القانون المدنى، عند التقاطه لظاهرة اجتماعية جديدة، يسعى دائماً إلى أن يتم هذا الالتقاط عن طريق أداة من أدواته القانونية التى تستطيع أن تستوعب هذه الظاهرة. لذلك لاحظنا عند تحديد الطبيعة القانونية لعلاقات الإذعان أنه قد استوعبها عن طريق فكرة العقد، وبذلك ألحقها فى دائرة العقود وأطلق عليها عقود الإذعان. وهذا هو حال القانون المدنى فى كثير من الحالات التى يواجه فيها ظاهرة جديدة يجب أن يدخلها فى نظامه القانونى، حيث يحدد الطائفة القانونية التى تدخل هذه الظاهرة كجزء فيها. وهذا ما فعله المشرع وهو بصدد تحديد الشروط التعسفية التى ربطها بعقود الإذعان فى المادة ١٤٩ من القانون المدنى، بحيث أنه يظهر لأول وهلة أن وجود الشروط التعسفية يرتبط وجوداً وعدماً بعقود الإذعان. لكن هذا الارتباط لا يعبر غالباً عن الواقع، فالشروط التعسفية يمكن أن توجد فى عقود أخرى غير عقود الإذعان، كما أن هذه العقود يمكن أن تتم دون أن تحتوى على أى شروط تعسفية.

وإلى جانب هذا النقد الموجه للسياسة التشريعية فى التعامل مع الشروط التعسفية، فإنه يمكن توجيه نقد آخر يتمثل فى أن ربط هذه الشروط بعقود الإذعان أدى إلى حصرها فى نطاق ضيق، وهو نطاق الشروط المجحفة بالطرف المذعن فقط فى العلاقة التعاقدية.

لكن الواقع يثبت أن هناك أشخاص لا يتوافر فيها وصف الطرف المذعن، بالرغم من أنهم فى أمس الحاجة للحماية. وهذا يجعلنا نقول أن نظرية الإذعان لا توفر حماية كاملة للأطراف الضعيفة التى تُفرض عليها شروط تعسفية من قبل الأطراف القوية.

وأخيراً، فإن السياسة التشريعية تركت مهمة تحديد وتعريف الشروط التعسفية إلى القاضى الذى يقوم بالرقابة عليها فى ضوء أحكام ومبادئ العدالة. وهو أمر أثار العديد من الخلافات بين من يرى ضرورة تدخل القضاء بجرأة لتوسيع دائرة الحماية من الشروط التعسفية ومدها إلى أشخاص آخرين، وبين من يرى أن القضاء لا يجب أن يتوسع تحت ستار التفسير ويقوم بالتوسع فى تحديد هذه الشروط ومد نطاقها ونظامها القانونى إلى طوائف أخرى تستحق الحماية.

وحرصاً على تغطية هذه الجوانب، فإننا سنقوم بتحليلها على استقلال:

أولاً – تقييم السياسة التشريعية فى ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان:

إن النظرة الأولى لكل من الشروط التعسفية وعقود الإذعان يمكن أن تؤدى إلى الاعتقاد بأنهما يرتبطان دائماً بعروة وثقى وأن هناك نقاط التقاط بينهما تجعل من يرصد العلاقة بينهما يتخيل أنهما يدوران معاً وجوداً وعدماً. والواقع العملى يمكن أن يدعم هذه النظرة ويقويها، حيث أن العلاقة التى تجمع الطرف الضعيف مع الطرف القوى يتمخض عنها تفاوت اقتصادى ظاهر بين الطرفين، وهذا يترتب عليه القول أن الطرف القوى يمكن أن يتعسف فى استعمال حقوقه وينحرف بسلطته التى تمكنه من صياغة العقد مسبقاً بشكل منفرد، دون أى تدخل من جانب الطرف الضعيف الذى يظل بمنأى عن القيام بأى دور إيجابى فى العلاقة التعاقدية. من

أجل ذلك زاد الاعتقاد قديماً بأن عقود الإذعان تمثل التربة الخصبة التى تنمو فيها الشروط التعسفية ويكثر استعمالها من جانب الطرف الأقوى اقتصادياً.

لكن ذلك «لا يعنى ارتباط الشروط التعسفية بعقود الإذعان، فإنه رغم تماس دوائرهما إلا أنه يظل لكل منهما ذاتيته المستقلة ومجاله الذى يعمل فيه آثاره»(١). أى أن الشروط التعسفية لا تحتاج إلى علاقات الإذعان لكى يمكن القول بوجودها، كما أنها لا تختفى باختفاء وصف الإذعان من العلاقة التعاقدية، كما فى حالة توافر عنصر المفاوضة والمناقشة بين الطرفين على بنود العقد وشروطه. فالواقع العملى نفسه يؤكد أن الشروط التعسفية تتوافر فى ظل عقود وعلاقات لا ينطبق عليها وصف الإذعان(٢).

ثانياً – أثر السياسة التشريعية على تضييق الحماية من الشروط التعسفية:

ذهب العديد من الفقهاء إلى أن مد نطاق نظرية الإذعان إلى عقود الاستهلاك أدى إلى تعريف المستهلك تعريفاً ضيقاً. ففى ظل نظرية الإذعان يقتصر الضعف الذى يصيب الطرف المذعن على الضعف الاقتصادى فقط ولا يمتد ليشمل الضعف الناجم عن جهله

---

(١) د/عمر محمد عبد الباقى، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة سبق الإشارة إليها، ص ٢١١. ويضيف الباحث أن «عقود الإذعان تتطلب احتكاراً وتفوقاً اقتصادياً، بينما مشاكل تضمين العقد شروطاً مجحفة وتعسفية، والعمل على حماية المستهلك فى مواجهتها فى ضوء عدم التوازن الذى أصاب العلاقات العقدية ليست محصورة فى نطاق هذا الإطار الضيق، كما أن انفراد الطرف القوى بصياغة عقد، ووضع شروطه حتى ولو كانت ذات طبيعة تعسفية أمر لا يكفى فى حد ذاته للقول بأننا بصدد عقد من عقود الإذعان بالمعنى الحقيقى».

(٢) د/حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص ١٠٢. حيث يذهب سيادته إلى أن «الصور الحديثة للتعاقد تدل على أن خضوع المتعاقد لا يتحقق بصدد عقد معين من العقود، وإنما يتحقق تقريباً فى معظم الصور المعاصرة للتعاقد».

وعدم خبرته([1]). وعلى ذلك فالحماية التى تقدمها هذه النظرية للمستهلك كطرف ضعيف لا يمكن أن نصفها بالحماية الكاملة، لأنها لا تغطى سوى جانب واحد فقط من الضعف الذى يعتريه وهو الضعف الاقتصادى. وهذا يمثل قصور فى نظرية الإذعان أو فى النظام القانونى للشروط التعسفية فى عقد الإذعان كنظام أو كوسيلة حمائية اعتقد فيها البعض أنها كافية لحماية كل طرف ضعيف. فالوسائل الحمائية يجب أن تتسم بالشمول وتتصف بقدرتها على التمدد لاستيعاب كل حالات الضعف التى تصيب الطرف الضعيف بصفة عامة والمستهلك بصفة خاصة.

فمن الجدير بالذكر أن صور الضعف التعاقدى تتنوع وتتعدد بتنوع وتعدد مصادره، فهذا الضعف قد ينتج عن أسباب تتعلق بشخص المتعاقد، أى بأسباب شخصية، ولذلك يسمى بالضعف الذاتى. وإلى جانب هذه الصورة، قد توجد صور أخرى تجد أسبابها فى الظروف المحيطة بالشخص المتعاقد، كالظروف الاقتصادية التى قد تؤدى إلى خلق حالة من عدم التوازن أو التكافؤ بين أطراف العلاقة التعاقدية. وعلى ذلك فإذا كان يمكن تسمية الصورة الأولى بحالة الضعف الشخصى، فإنه يمكن تسمية الصورة الثانية بحالة الضعف الموضوعى([2]). لكن إلى جانب هاتين الصورتين الشائعتين،

([1]) د/محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف فى الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص٨٨. ويرى أن نظرية عقود الإذعان «لا تتناول إلا مظهراً واحداً من مظاهر الضعف الذى يكتنف المذعن وهو الضعف الاقتصادى، والحماية التى تثبت للأخير لا تعالج إلا هذا الضعف وحده، بينما لا تواجه هذه النظرية نوعاً آخر من الضعف هو ما يسمى بالضعف المعرفى».

([2]) لمزيد من التفصيل، أنظر د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص ١٦، ص ٤٦. ويتناول سيادته بالتفصيل مفهوم الطرف الضعيف عن طريق البحث فى مفهوم الضعف التعاقدى ومظاهره، ويرى أن الضعيف التعاقدى ينشأ عن انعدام المساواة الفعلية بين ==

أفرز الواقع العملى حالات من الضعف يمكن تسميتها بالضعف المعرفى الذى تتجلى مظاهره فى وجود تفاوت بين طرف يعلم بكل شئ وطرف آخر جاهل بكل الظروف المحيطة بالتعاقد([1])، أى أن التفاوت ليس تفاوت اقتصادى ولكنه تفاوت فى العلم والمعرفة. تفاوت بين طبقة منظمة تحدد أهدافها وغاياتها بدقة وهى طبقة المهنيين، وبين طبقة أخرى لا تهتم بأى معرفة، فهى طبقة تتضارب أهدافها ولا تقيم قراراتها الاستهلاكية على أسس علمية ومنطقية. فطائفة التجار والشركات تحاول جاهدة زيادة الأنشطة الاستهلاكية سلعية كانت أم خدمية، وهى فى ذلك تعتمد على العلم والمعرفة، وتستطيع أن تنسج طريقها كخيط رفيع يمر عبر مختلف العمليات التكنولوجية من أجل تحقيق أهدافها. كما أنها تستطيع أن تربط هذه الأهداف بصورة لا تنفصم بالابتكار والإبداع كوسائل لتحقيق هذه الأهداف ويعد هذا بالنسبة لها شريان الحياة نحو معرفة فنية قوية تعتبرها من الأسلحة التى تستخدمها لإطلاق قدراتها على البقاء والتكيف.

وعلى ذلك يمكن القول أن نظرية الإذعان غير قادرة على استيعاب كل وصف للطرف الضعيف وخاصة حالة الضعف المعرفى. فكما ذكرنا فإن نطاق تطبيق هذه النظرية يجد سببه فى حالة

= طرفى العقد، وأن مظاهره تتعدد بتعدد الأسباب المنشئة له، فهذه العوامل قد تكون نابعة من شخص المتعاقد ذاته، وقد تكون خارجية عنه. بحيث لا تتصل بشخصه. وفى الحالة الأولى «يكون الضعف التعاقدى ذاتياً، بينما يكون فى الحالة الثانية نسبياً».

([1]) لمزيد من التفصيل، أنظر د/محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص ٣٩، وفيه يرى سيادته أن الضعف المعرفى «يرجع إلى استحالة العلم بالبيانات العقدية، وهذه الاستحالة قد تكون استحالة موضوعية تتعلق بالشئ محل العقد المراد إبرامه، وقد تكون استحالة شخصية ترجع إلى العاقد ذاته من حيث كونه شخصاً بسيطاً قليل الخبرة والمعرفة بموضوع العقد».

التفاوت الاقتصادى بين أطراف العلاقة التعاقدية. وبذلك نرى أنها لا تقدم للطرف الضعيف سوى حماية ناقصة فقط، أى لا تشمل كل حالات ضعفه، وهو أمر يزيد من صعوبة الاعتماد على نظرية الإذعان فى مجال حماية الطرف الضعيف أو المستهلك، ويدفعنا إلى القول بأن «دراسة عقد الإذعان ليست إلا محاولة غير كاملة لمواجهة اختلال التوازن العقدى»(1). فعقد الإذعان ليس بالمرونة التى تجعله يستطيع أن يحتوى كل حالات الضعف التى تصيب الطرف الضعيف الذى يتطور وصفه وتحديده بشكل يجعل اختزاله فى حالة التفاوت الاقتصادى فقط من الأمور التى تجافى المنطق القانونى وتبتعد عن الواقع العملى.

وإقرار المقدمات السابقة يجب أن يترتب عليه إعمال النتيجة التى تقتضيها هذه المقدمات وهى أن نظرية الإذعان لا تستطيع أن تقدم حماية كاملة للطرف الضعيف، أو للمستهلك. فلا يمكن الاعتماد عليها كأداة رئيسية أو كوسيلة أصلية فى الدفاع عن مصالح الطرف الضعيف، الأمر الذى يترتب عليه ضرورة البحث عن وسائل أخرى تضمن تحقيق الأهداف التى يسعى النظام القانونى لإقرارها، الا وهى فكرة التوازن العقدى التى يجب أن تسود كل العلاقات التعاقدية التى تحتوى على طرف ضعيف.

وفى الجملة، يمكن القول أن الحماية التى تقدمها نظرية الإذعان للطرف الضعيف لا يمكن وصفها سوى بالحماية الناقصة، لعدم قدرتها على استيعاب حالات الضعف المعرفى. لكن هذا النقد يمكن التخفيف منه فى حالة قيام القضاء بالتصدى لهذا النقص فى نظرية الإذعان ومحاولة تكملته. فهل استطاع القاضى أن يتحلى

---

(1) د/حسن عبد الباسط جميعى، أثر عدم تكافؤ المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص ١٠٢.

بالجرأة وأن يقوم بلعب هذا الدور أم أنه تحفظ ورفض الانزلاق فى هذا المجال؟

ثالثاً : تقييم السياسة القضائية فى التعامل مع الشروط التعسفية:

إن تقييم أى وسيلة قانونية حمائية يتوقف على تحديد مدى قدرتها علي استيعاب أكبر عدد من الحالات التى تستحق الحماية، والتى يمكن أن تدخل فى نطاق تطبيقها. لذلك فالسؤال الذى يتم طرحه دائماً عند تقدير مثل هذه الوسائل هو قياس مدى أو درجة تدخلها لحماية الأشخاص التى تستحق الحماية. ومن الجدير بالذكر أن معظم الفقهاء يرون أن نظرية الإذعان تمنح القاضى السلطة فى التدخل لحماية كل طرف يتوافر فيه صفة الضعف، سواء كان هذا الضعف اقتصادياً أم معرفياً وفنياً. وبمعنى آخر فهؤلاء الفقهاء يرون أن المشرع قد أسند للقاضى مهمة التوسع فى مد نطاق الرقابة القضائية على الشروط التعسفية. وعلى ذلك فكلما زادت جرأة القضاء فى التصدى لحالات عديدة تتوافر فيها الشروط التعسفية، كلما زادت فاعلية الرقابة القضائية على هذه الشروط.

لكن عدم تحديد الشروط التعسفية عن طريق وضع تعريف لها، وأكثر من ذلك ربطها بأفكار غير محددة أيضاً مثل فكرة العدالة، أدى إلى صعوبة موقف القضاء فى الرقابة على هذه الشروط. كما أن عدم التحديد يمكن أن يؤدى إلى غلبة الاعتبار الشخصى على تدخل القضاء. وهو أمر يؤدى إلى تضارب فى الحلول الأمر الذى ينعكس على النظام القانونى كله. كل هذا جعل القضاء يتحفظ فى تحديد الشروط التعسفية، كما جعله لا ينزلق فى مد نطاقها إلى عقود أخرى غير عقود الإذعان. إذن رغبة القضاء فى توحيد الحلول هو الذى دفعه إلى اتخاذ هذا الموقف المتحفظ. كما أن عدم توحيد الحلول يمكن أن يتعارض مع مبدأ المساواة أمام القانون، وكذلك

مع مبدأ الاستقرار القانونى الذى يمكن التضحية به فى حالة إعمال السلطة التقديرية للقضاء عند الرقابة على الشروط التعسفية.

«Le défaut d'uiniformité d'aappréciation est alors contraire au principe d'égalité devent la loi et à l'idée de sécurité juridique»([1]).

وبناء على ذلك فإن خطورة استخدام أفكار غير محدده مثل الشروط التعسفية، عقد الإذعان، مبادئ العدالة، يمكن أن يؤدى إلى خلق تعارض بين مبادئ أساسية من مبادئ القانون الغير محددة تحديداً دقيقاً، الأمر الذى يجعل القاضى يضحى بأحدهما لصالح الآخر. فالقاضى الذى القى عليه المشرع عبء إعادة التوازن العقدى فى عقود الإذعان بإلغاء الشروط التعسفية فى ضوء مبادئ العدالة، هو نفسه الذى يجب أن يحترم مبدأ الاستقرار القانونى والمساواة أمام القانون بمقتضياتهما وبآثارهما الواجبة الترتيب والمتمثلة فى توحيد الحلول وضرورة التخفيف أو التضييق من نطاق أحد الأفكار الغير محددة لصالح فكرة أو مبدأ آخر. أى أن القضاء قد ضحى بسلطته فى التوسع فى تحديد الشروط التعسفية لصالح مبدأ الاستقرار القانونى، والواقع أن من أكثر الأمور تأثيراً بالسلب على النظام القانونى هو وجود عدة قيم أساسية غير محددة المضمون تدخل فى تعارض وصراع فى التطبيق، فاحترام أحدهم سيودى دائماً إلى التضحية بالأخرى.

«Cela est plus inquiétant quand des valeurs fondamentales à contenu indéfini sont contradictoires et en conflit, si bien que le respect de l'une constitue

---

([1])D. BERTHIAU, Le principe d'égalité et droit civil des contrats, LGDJ, 1999, p. 150.

une violation de l'autre»([1]).

نخلص من ذلك إلى أن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان هو الذى أدى إلى التضييق فى نطاق تطبيقها وجعل القاضى حريص على عدم الانزلاق فى التوسع فى مفهوم ونطاق هذه الشروط. فكما ذكرنا فربط هذه الشروط بعقود الإذعان جعل القضاء يتمسك بعدم إمكانية تصور مثل هذه الشروط فى عقود أخرى. ولا يفوتنا أن نستخلص مما سبق نتيجة يجب التأكيد عليها وهى ضرورة عدم ربط أفكار عامة متعارضة أو تؤدى إلى نتائج متعارضة لما لها من تأثير سلبى على النظام القانونى. فإذا كانت الأفكار الغير محددة مثل الشروط التعسفية تحتاج إلى مبادئ عامة تمثل قيم أساسية، فإن من المهم كذلك أن ترتبط هذه الأفكار بمبدأ عام لا يتعارض فى تطبيقه مع مبادئ أخرى، قد تجعل القاضى يضحى به لصالحها. وبالإضافة لذلك يجب أن يكون هذا المبدأ قابل للتحديد بشكل موضوعى يستبعد التقديرات الشخصية التى يمكن أن تؤثر على مبدأ المساواة أمام القانون وكذلك على مبدأ الاستقرار القانونى.

المطلب الثانى
تقييم موقف الفقه فى التعامل مع الشروط التعسفية فى عقود الاستهلاك

حرصاً من الفقه على مد مظلة الحماية القانونية للمستهلك، رأى الغالبية منهم أن الحماية من الشروط التعسفية المنصوص عليها فى عقود الإذعان يمكن أن تتسع لتشمل حماية المستهلك من الشروط المجحفة التى ينفرد بوضعها المهنى فى عقود الاستهلاك. أى أن الفقه يرى ضرورة إلحاق عقود الاستهلاك بعقود الإذعان لتطابق

[1] D. BERTHIAU, op. cit., p. 152.

مفهوم كل منهما، الأمر الذى يقتضى خضوعهما لنظام قانونى واحد، وهو المنصوص عليه فى عقود الإذعان وما فرضه المشرع من تدخل القاضى لتعديل العقد أو استبعاد الشروط التعسفية من هذه العقود. وهذا المسلك الفقهى فى التعامل مع الشروط التعسفية فى عقود الاستهلاك قد مر بعمليتين قانونيتين.

العملية القانونية الأولى تمثلت فيما قام به الفقه من إثبات التطابق بين كل من العقدين. وهذه العملية اقتضت تركيز الفقه على مفهوم عقد الإذعان ومحاولة التوسع فى مفهومه القانونى من أجل تيسير سبل إلحاق عقود الاستهلاك به.

أما العملية القانونية الثانية فقد تمثلت فى تطبيق النظام القانونى للحماية من الشروط التعسفية المطبقة فى عقود الإذعان على كل الشروط التعسفية التى تتعلق بعقود الاستهلاك.

ومن الجدير بالذكر أن ما قام به الفقه فى مرحلتيه يمثل ما هو معروف بعملية التكييف القانونى التى يلجأ لها الفقهاء كثيراً، خاصة فى الآونة الأخيرة نظراً لتطور الظروف التى ترتب عليها نشأة العديد من العقود الجديدة، لاسيما العقود التى تخدم الظروف الاقتصادية الراهنة. ويمكن ببساطة تعريف عملية التكييف القانونى بأنها ربط الواقع بالقانون، أى تطبيق نظام قانونى منصوص عليه على وقائع جديدة ناتجة عن تطور المجتمع ولم ينص عليها المشرع. وهذه العملية القانونية تهدف إلى توحيد النظام القانونى وتبسيط حلوله، والبعد عن التعقيد وتشعب الأحكام القانونية الذى يضر بالاستقرار القانونى كهدف تسعى لتحقيقه كل النظم القانونية(1).

(1) انظر فى موضوع التكييف القانونى La qualification juridique فى القانون الفرنسى فى المراجع التالية: = =

ومن خلال ما سبق يتضح أن نجاح أى عملية تكييف قانونى تستلزم توافر شرطين:

١- وضوح النصوص القانونية المراد مد نطاقها وتطبيقها على غيرها من الوقائع الجديدة. بمعنى آخر، انتفاء كل غموض يتعلق بالتحديد القانونى للموضوع المراد تطبيق نظامه القانونى على غيره من الوقائع. وعلى ذلك فنجاح ما قام به الفقه فى إلحاق عقود الاستهلاك لعقود الإذعان يتوقف أولاً وقبل كل شئ على تحديد واضح ودقيق للمفهوم القانونى لعقود الإذعان، أى أن الغموض فى هذا التعريف أو فى معايير تحديده يترتب عليه صعوبة نجاح عملية التكييف القانونى.

٢- تحديد وتحليل الواقع المراد إلحاقه بالنظام القانونى المنصوص عليه، فالأمر يقتضى دراسة تحليلية للوقائع الجديدة حتى يتم التأكد من إمكانية ربطها بالقانون. بمعنى أنه إذا ظهر أن هذه الوقائع تتطور بشكل كبير يترتب عليه وجود علاقات وخصائص تستعصى على الخضوع للنظام القانونى المنصوص عليه، فإن عملية التطابق بين القانون والواقع ستؤثر بالسلب على نجاح عملية التكييف القانونى.

إذن فتقييم دور الفقه فى إلحاق عقود الاستهلاك بعقود الإذعان لتطبيق النظام القانونى للأخير على الشروط التعسفية التى يحتويها الأول يتطلب بحث هذين الشرطين على النحو التالى:

= =J.- L. BERGEL, Méthodologie juridique, op. cit., p. 102 et s.; O. CAYLA, "Overture: La qualification ou la vérité du droit", in la qualification, revue Droits, n° 18, 1993, p. 3; ph. JESTAZ, "La qualification en droit civil", in la qualification, revue Droits, 1993, n° 18, op. cit., p. 46.

الفرع الأول: تقييم موقف الفقه من تحديد المفهوم القانونى لعقد الإذعان.

الفرع الثانى: تقييم إمكانية إلحاق عقود الاستهلاك بعقود الإذعان.

الفرع الأول
تقييم موقف الفقه
من تحديد المفهوم القانونى
لعقد الإذعان

ذكرنا أن الفقه الحديث قد بذل جهداً ملموساً لتوسيع مفهوم عقود الإذعان حتى يمكن لها أن تحتوى وصف عقود الاستهلاك رغبة من الفقه فى حماية المستهلك من الشروط التعسفية التى تحتويها عقود الاستهلاك. لذلك استخدم الفقه معايير واسعة تساعد على التوسع فى مفهوم عقود الإذعان. ومن الجدير بالذكر أن حرص الفقه على توسيع مفهوم عقد الإذعان جعلهم يرفضون تبنى أى معيار اقتصادى يمكن أن يضيق من هذا المفهوم. فبالرغم من العلاقة الوطيدة بين عقد الإذعان والظروف الاقتصادية وارتباطهما بعلاقة سببية، إلا أن تبنى معيار التفاوت الاقتصادى سيؤدى إلى تضييق مفهوم عقد الإذعان، لأن اختلاف القدرة الاقتصادية بين طرفى العقد لا يؤدى بالضرورة لوجود عقد إذعان، كما أن هذا التفاوت الاقتصادى لا يعكس كل حالات الضعف التى تنتاب أحد طرفى العقد. فإذا كان عقد الإذعان يجسد مثالاً حياً لسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، إلا أن هذه السيطرة ليست قاصرة على هذا العقد فحسب، فالعلاقات الحديثة تبين بوضوح وجود صور عديدة تعكس ضعف وخضوع أحد طرفى العقد للطرف الآخر أى أن عدم التوازن فى العلاقات التعاقدية يظهر فى حالات أخرى غير حالة

التفاوت الاقتصادى([1]).

لذلك رأى الفقه وضع معيار قانونى واحد يعمل على توسيع مفهوم عقد الإذعان، وهو معيار غياب المفاوضة والمناقشة لبنود العقد، أى انفراد الطرف القوى بوضع شروط العقد.

وعلى ذلك فالفقه الموسع لمفهوم عقد الإذعان يرى أن وصف هذا العقد يتوافر فى كل حالة يملى فيها الطرف القوى شروطه على الطرف الضعيف دون مناقشة لبنود العقد. أى أن العقد الذى يفرضه التاجر على المستهلك وينفرد بوضع بنوده يعتبر عقد إذعان وبالتالى يستفيد من النظام القانونى المتعلق بحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية.

ويترتب على ذلك نتيجتين :

النتيجة الأولى: إن تدخل القاضى لحماية المستهلك من الشروط التعسفية يقتضى أن يتم العقد بين التاجر والمستهلك فى غياب كل مناقشة لبنود العقد، أى فى حالة انفراد التاجر بوضع شروط العقد منفرداً.

النتيجة الثانية: هى اعتبار المفاوضة والمناقشة لبنود العقد ضمانة حقيقية يترتب على وجودها انتفاء وصف الإذعان وبالتالى عدم تدخل القاضى لتعديل العقد أو استبعاد الشروط التعسفية. فطالما أن عقد الإذعان هو ذلك العقد الذى يستقل بوضعه الطرف القوى دون مناقشة، فبمفهوم المخالفة تعتبر المناقشة أو المفاوضة على بنود العقد ضمانة يترتب على وجودها عدم توافر صفة الإذعان وبالتالى عدم

([1]) انظر فى ذلك بالتفصيل، د/حسن عبد الباسط جميعى، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق؛ د/محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف، المرجع السابق؛ د/عمر عبد الباقى، الحماية التعاقدية للمستهلك، الرسالة السابقة.

الحماية من الشروط التعسفية.

لكن هذا الاتجاه الفقهى يخالف ويتعارض مع الواقع العملى ويجب نقده لسببين:

أولاً : إن مناقشة بنود العقد بين طرفى العقد ليست ضمانة حقيقية لحماية الطرف الضعيف. فالواقع العملى يؤكد أن التاجر أو الطرف الأقوى اقتصادياً يمتلك ترسانة من الوسائل والأدوات التى تمكنه من فرض إرادته وشروطه فى العقد، بالرغم من توافر ووجود مناقشة لبنود العقد مع المستهلك أو الطرف الضعيف. فأحياناً قد تكون المفاوضة صورية أى يبدو من الظاهر أن التاجر قد ناقش المستهلك فى بنود العقد، لكن الواقع يؤكد انفراده بصياغة بنود العقد.

وإلى جانب هذه الحجة العملية، يمكن ذكر مثال من القانون الفرنسى يبين أن المشرع لم يكتف فى كثير من الحالات بالمفاوضة أو المناقشة كضمانة حقيقية لحماية الطرف الضعيف، بل ينص المشرع على وسائل حمائية أخرى للطرف الضعيف. ويتجسد هذا المثال فى قانون ١ يوليو ١٩٩٦ المتعلق بالأمانة والتوازن فى العلاقات التجارية Loyouté et équilibre. هذا القانون ينص على عقاب الشركات الضخمة ذات التوزيع الكبير فى حالة قيامها بممارسة الابتزاز أو الضغوط أثناء المفاوضات التى تجريها مع الموردين والمنتجين وأصحاب الصناعات الصغرى. فالمشرع الفرنسى يعاقب هذه الشركات الكبرى عن كل فعل تحصل بناء عليه على مزايا تسبق تحرير العقد أو تصاحب تنفيذ العملية التجارية، دون تقديم مقابل حقيقى لتلك المزايا. أى أن المشرع يقصد أن كل ميزة تحصل عليها الشركات الأقوى اقتصادياً يجب أن يقابلها مقابل حقيقى يصب فى مصلحة المنتج أو المورد الأضعف كتعويض عما حصلت عليه

الشركات الكبرى. وبناء على ذلك، فإن كان تدخل المشرع الفرنسى تفرضه حاجة ماسة لحماية الطرف الضعيف، فإن هذا يدل على أن المشرع يرى بوضوح عدم كفاية المفاوضة كوسيلة لحماية الطرف الضعيف. فهذه المفاوضة لم تمنع سيطرة الطرف الأقوى على الطرف الضعيف، ولم تمنع إذعان الطرف الأقل كفاءة وقوة للطرف الآخر المتمثل فى الشركات الكبرى التى تمتلك الوسائل التى تمكنها من السيطرة والانفراد ببنود العقد، سواء قامت بمناقشة الطرف الآخر أم لم تناقشه فى بنود العقد. كل هذا جعل المشرع يفرض جزاءاً كوسيلة حمائية لصالح الطرف الضعيف، هذا الجزاء يوقع على الطرف القوى حتى ولو قام بمناقشة الطرف الآخر فى بنود العقد، لأن هذه المناقشة لا تمثل سوى شمارات لا تعكس وجود أدنى أمانة أو توازن عقدى يسعى المشرع الفرنسى إلى تحقيقه([1]).

ثانياً: إن الشروط التعسفية يتصور وجودها فى عقود غير عقود الإذعان، وهذا يعنى أن هذه النظرية أضيق من أن تتسع لتشمل علاقات أخرى مثل عقود الاستهلاك التى قد تحتوى على شروط تعسفية بالرغم من غياب وصف الإذعان لوجود مناقشة بين طرفى العقد. وبالتالى فنظرية الإذعان لا تقدم حلولاً كاملة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية. حيث تقتصر الحماية على حالة

([1])V. LASBORDES, Les contrats déséquilibrés, PUAM., 2000, p.245,

وحسب رأى صاحب هذا المؤلف، فإنه إذا كان هذا التدخل التشريعى يصبح ضرورياً، فإن هذا ليدل على أن المفاوضة لا تعتبر بالضرورة ضمانة لتحقيق التوازن العقدى:

"Si une intervention législative devient nécessaire, c'est bien le signe que la négociation n'est pas forcément une garantie d'équilibre contractuel".

غياب المفاوضة والمناقشة لبنود العقد فقط، وهذا يمثل حماية ناقصة للمستهلك ضد الشروط التعسفية فالمستهلك يحتاج لحماية كاملة فى كل حالة يتوافر فيها شروطاً من الشروط التعسفية الذى قد يحتويه عقد استهلاك مر بمناقشة لبنود العقد.

ويمكن أن نضرب مثالاً فى القانون الفرنسى أيضاً يؤكد عدم الارتباط بين الشروط التعسفية وعقود الإذعان. وهذا المثال يمكن تلمسه من مسلك المشرع الفرنسى فى قانون ١ فبراير ١٩٩٥ المتعلق بمحاربة الشروط التعسفية، حيث لم يقصر المشرع نطاق تطبيق هذا القانون على عقود الإذعان، بل مد هذا النطاق إلى عقود أخرى تحتوى على شروط تعسفية، حتى فى ظل وجود مناقشة بين طرفى العقد. وهذا يدلل على إمكانية وجود الشروط التعسفية فى عقود لا يتوافر فيها وصف الإذعان[1].

وفى الجملة نرى أن معيار المفاوضة أو المناقشة لبنود العقد لم يساعد فى توسيع مفهوم عقود الإذعان بالقدر الذى يجعلها قادرة على استيعاب عقود الاستهلاك واستقبالها لتطبيق نظامها القانونى عليها. وإلى جانب هذا القصور، فإن هناك أسباب أخرى تتعلق بالتطورات الاقتصادية كواقع من الصعب ربطه بالأحكام القانونية لعقد الإذعان.

---

[1] C. SAINT – ALARY – HOUIN, Les contrats déséquilibrés, op. cit., p. 244.

وحسب رأى المؤلف،

"Le législateur confirme cette assertion puisque la loi du 1er février 1995, relative aux clauses abusives ne limite plus son champ d'application aux seuls contrats d'adhésion".

الفرع الثانى
تقييم إمكانية إلحاق عقود الاستهلاك بعقود الإذعان

رأينا من خلال دراستنا السابقة لتعريف عقد الإذعان كيف أن الفقهاء قد قاموا ببذل الجهد لتوسيع نطاق هذه العقود، ولكن رأينا أن هناك العديد من الحالات والمظاهر التى أبرزت بصورة واضحة لا يتسرب إليها أدنى شك أن المعايير المستخدمة لتوسيع مفهومها يشوبها العديد من أوجه النقد. وإلى جانب هذا القصور المتعلق بشروط تطبيق عقود الإذعان بصورة واضحة وكاملة، فإن هناك العديد من الأسباب التفسيرية التى يجب إلقاء الضوء عليها لتوضيح عجز هذه النظرية عن حماية كل طرف ضعيف، وخاصة المستهلك، وهذه الأسباب يمكن أن تتعلق بالظروف الخارجية، أى أن هذه الأسباب التى لا تتعلق بعقود الإذعان نفسها، وإنما تستمد مصادرها من ظروف اقتصادية خارجية تحيط بهذه العقود. فعقد الإذعان ظهر فى ظل ظروف اقتصادية تختلف بصورة جذرية عن الظروف الراهنة التى تصاحب عقود الاستهلاك.

فلقد ظهر عقد الإذعان كخادم للاقتصاد الصناعى الذى برز فى مطلع القرن الماضى نتيجة أوضاع صاحبت الثورة الصناعية، فلقد لعب دوراً كبيراً وساهم بشكل فعال فى تنظيم العلاقات التعاقدية بين الأفراد. وتفسير ذلك يكمن فى أن الثورة الصناعية أثمرت عن وجود ظاهرة الإنتاج الكبير للسلع والخدمات، هذا التوسع الصناعى الضخم صاحبه إقبال كبير من الأفراد للاستفادة من مظاهر الترف التى أفرزها التقدم الصناعى. فى ظل هذه الظروف باتت الحاجة ملحة لوجود أنواع من العقود تُبرم بشكل سريع دون الدخول فى مفاوضات بين أطراف العلاقات التعاقدية. من هنا يتضح الدور

المحورى الذى لعبته عقود الإذعان فى خدمة الاقتصاد الصناعى كوسيلة عملية تضمن سرعة المعاملات بين الأفراد كمستهلكين وأصحاب الصناعات كمنتجين. إذن الحاجة العملية هى التى أفرزت وجود عقود الإذعان حيث دأبت المشروعات الكبيرة على أن تعرض على عملائها عقوداً تنفرد هى بتحديد شروطها وصياغة مضمونها دون أن تقبل منهم مناقشتها ، فلا يكون أمامهم سوى قبول التعاقد جملة أو رفضه كلية ... وأفرزت هذه الظاهرة ما بات يُعرف بعقود الإذعان.

لكن من الجدير بالذكر أن الاقتصاد الصناعى قد مر بالعديد من الظروف التى ترتب عليها إمكانية اختفائه ليحل محله أنواع جديدة كاقتصاد الخدمات واقتصاد الصناعات الإبداعية. ويرتبط مفهوم الصناعات الإبداعية أو الاقتصاد الإبداعى بظهور اقتصاد المعرفة. والأهمية المتزايدة للابتكار والأبحاث والتطوير والاستثمار فى تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات. فالأنشطة الصناعية الإبداعية أصبحت تتصل بصورة لا تقبل الانفصام بالابتكار والإبداع، ويتميز هذا الاقتصاد الجديد بأن الإنتاج فيه يشمل قطاعات وأشكال جديدة من برمجية الكمبيوتر ويولد أشكالاً جديدة من الملكية الفكرية. ومثلما كانت الحكمة تقتضى على مدى عقدين أن يصبح المجتمع والاقتصاد أكثر كثافة معلوماتية من خلال تبنى وترسيخ تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، يزداد الآن الاتجاه نحو مشروعات تكثيف الإبداع.

ولقد ترتب على هذه التطورات التقنية آراء ترى أن اقتصاداً جديداً قد ظهر وأن قوانينه وآلياته يجب أن تختلف نوعياً عن قوانين وآليات اقتصاد القرن العشرين الصناعى. وهذا يعنى أن البيئة التى نشأ فيها عقد الإذعان والتى رسمت دوره وحددته تتغير بشكل

سريع، الأمر الذى يجعل من ثبات هذه العقود فى طائفة محددة أمراً من الصعب التسليم بإمكانيته. فمن الجدير بالذكر أن الاقتصاد والقانون تربطهما علاقات وثيقة تقتضى ضرورة أن تتلائم الأفكار والحلول والأدوات القانونية مع العمليات التعاقدية التى تفرضها وتفرزها طبيعة الاقتصاد الجديد وهو اقتصاد الخدمات والصناعات الإبداعية. ولما كان العقد يعتبر من الأدوات والآليات القانونية المستخدمة بكثرة فى تنظيم وإدارة المعاملات الاقتصادية بين الأفراد، فإن هذا يعنى أن هناك أنواع من العقود قد ظهرت فى خدمة هذا الاقتصاد الجديد. ولتوضيح ذلك يمكن أن نضرب أمثلة لبعض العقود التى قد ظهرت نتيجة لوجود الاقتصاد الإبداعى والتى يرفض الفقه بشدة إخضاعها للنظام القانونى لعقود الإذعان، ومن أهمها عقود «المعلوماتية». وهى تلك العقود التى تسمح بإنشاء وتجهيز الحاسبات الآلية وتزويدها بالبرامج المتنوعة والمتعددة. فضلاً عن العقود التى تضمن مختلف الأداءات والخدمات السابقة واللاحقة على توريد الحاسب الآلى والبرامج. فكما يذهب البعض إلى أنه ليس من «المصادفة أن يوصف هذا العصر – بحق – بأنه عصر الحاسب الآلى «الكمبيوتر». هذه الآلة التى أصبحت أحد جوهريات ومعالم الثورة الصناعية الثانية والتى تتميز عن الثورة الصناعية الأولى بطابع النشاط الذهنى للإنسان وإحلاله محل الآلة». ولقد ترتب على ذلك ظهور العديد من العقود فى مجال المعلوماتية([1]).

ولعل التعامل مع هذه العقود الجديدة وغيرها من العقود التى ظهرت فى ظل الاقتصاد الجديد قد أثار الخلاف بين الفقهاء فيما

([1]) انظر فى تفصيل ذلك :

د/السيد محمد السيد عمران، الطبيعة القانونية لعقود المعلوماتية، (الحاسب الآلى – البرامج – الخدمات)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٢.

يتعلق بالتكييف القانونى لهذه العقود. حيث يذهب البعض إلى أنه إذا كان المشرع لم يقم بتنظيم العديد من هذه العقود الجديثة، فإن من الممكن إدخالها فى طائفة من العقود المعروفة والمنظمة تشريعياً. «ونظراً لحداثة العهد بهذه العقود نجد أن المشرع لم يتصدر لتنظيمها وبيان أحكامها. غير أن ذلك لا يعنى استحالة تصنيف هذه العقود وإدخالها تحت إطار قوالب قانونية معروفة ومحددة سلفاً تمهيداً للوقوف على القواعد القانونية التى تحكمها»([1]).

ولكن بالرغم من وجاهة هذا الرأى، إلا أنه يمكن أن يوجه له عدة انتقادات.

فمن ناحية، ينطلق هذا الرأى من مقدمة منطقية مفادها أنه لا توجد أى استحالة عند تصنيف أى عقد جديد، لكنه وصل إلى نتيجة غير منطقية عندما انتهى إلى أن هذه العقود الجديدة تدخل دائماً تحت إطار قوالب قانونية معروفة ومحددة سلفاً. وبذلك يتضح أن هذا الرأى قد قصر عملية التكييف القانونى على أنها مجرد إدخال العقود الجديدة الغير منظمة تشريعياً فى نطاق العقود التقليدية المنظمة تشريعياً. وفى اعتقادى أن هذا الطرح يجافى ويخالف مفهوم التكييف القانونى الذى يستخدم بكثرة فى حالة ظهور ظاهرة قانونية أو علاقة تعاقدية جديدة تحتاج لتطبيق نظام قانونى على أحكامها. فالتكييف القانونى كما ذكرنا هو عبارة عن ربط الواقع بالقانون، لكن هذا الربط لا يتم تلقائياً، بل يستلزم بحث الفقيه فى الخصائص والطبيعة القانونية لهذه العقود الجديدة المراد تكييفها، على أن يتم هذا البحث بشكل دقيق. وبعد انتهائه من دراسة الخصائص والطبيعة القانونية للعقود الجديدة، ينظر الفقيه أو الباحث القانونى، فإذا تشابهت مع الطبيعة القانونية لعقود

([1]) د/السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص ٥٠.

منظمة تشريعياً ، فإنه يلحق هذه العقود الجديدة بالعقود التقليدية. بل أحياناً يجد الباحث أنه أمام عقد تتوافر فيه خصائص أكثر من عقد، فيعطى لهذا العقد أكثر من تكييف ويطبق عليه النظام القانونى لهذه العقود مجتمعة، أى يتوافر فيه أكثر من وصف من العقود التقليدية. لكن إذا وجد الباحث أنه أمام علاقة تعاقدية تتوافر فيها خصائص جديدة تميزها عن العقود التقليدية ، فإنه ينادى بضرورة وجود تنظيم تشريعى لهذا العلاقة الجديدة. أما أن يقوم بإخضاع العلاقة الجديدة عنوة لقوالب منظمة تشريعياً ، فإن هذا لا يمكن أن نطلق عليه تكييف قانونى.

ومن ناحية أخرى، يهمل صاحب هذا الرأى تأثير الثورات الصناعية الجديدة على نشأة علاقات قانونية تتسم بالخصوصية. أى أنه لم يأخذ فى اعتباره تأثير العوامل الاقتصادية على تحديد الطبيعة القانونية لعلاقة تعاقدية جديدة، وهو أمر يخالف قواعد التكييف القانونى التى تستلزم دراسة الوقائع قبل ربطها بالقانون. فهل دراسة تأثير العوامل الاقتصادية لا يدخل فى إطار دراسة الواقع الذى يتطلب دراسة تحليلية لكل العوامل التى تحيط بالعلاقة الجديدة قبل ربطها بالقانون؟

فمن الجدير بالذكر أن الثورة الصناعية الجديدة أو الاقتصاد الإبداعى قد أفرزا عقوداً تتسم بخصوصية تميزها عن غيرها من العقود التقليدية بصفة عامة، وعن عقود الإذعان بصفة خاصة. من أجل ذلك لا يجوز أن يكتفى الفقه بدراسة الخصائص التقليدية لعقود الإذعان ثم مد نظامها القانونى إلى كل العقود التى تحتوى على طرف ضعيف، أى لمجرد أن هذه العقود تتم بين المهنى المتخصص كطرف قوى والمستهلك غير المتخصص كطرف ضعيف. إن كل علاقة تعاقدية جديدة يجب أن تخضع للبحث والتحليل من أجل

الكشف عن كل خصائصها وعن طبيعتها القانونية تمهيداً لتحديد النظام القانونى الملائم لها. لذلك ليس من الملائم إخضاع العلاقة بين المستهلك والمحترف للنظام القانونى لعقد الإذعان دون الاهتمام بدراسة وتحليل طبيعة هذه العلاقة وتحديد ما يمكن اعتباره تعاقدياً وما لا يمكن اعتباره كذلك. والقول بغير ذلك يعتبر فيه «تجاهل لتأثير الثورة الصناعية على عدم المساواة بين المنتجين والمستهلكين، وأنه لا يجوز إلصاق وصف عقد الإذعان لهذا العقد لمجرد أنه قد أبرم بين مهنى متخصص وغير مهنى .... وإذا كان الفقه والقضاء يحاول مسايرة هذه النهضة الصناعية من خلال تطويع النظم القانونية الساكنة والاستعانة بالآثار الخاصة بأحد العقود على عقد آخر، فإنه ليس بغريب أن نقول أن أهم نتائج هذه الثورة الصناعية يكمن فى أننا أصبحنا إزاء طائفة من العقود، لم يتناولها المشرع بعد بالتنظيم»([1]).

والخلاصة أنه ليس كل عقد يبرم بين طرف قوى وطرف ضعيف، أو بين مهنى متخصص ومستهلك غير متخصص، يمكن اعتباره عقد إذعان. فالظروف الاقتصادية الجديدة قد أفرزت علاقات جديدة تتمتع باحتوائها على سمات ومعايير مختلفة لتحديد الطرف الضعيف بصفة عامة والمستهلك بصفة خاصة. فكيف لعقد نشأ فى ظل ظروف اقتصادية تعتبر تقليدية بالمقارنة لوضع الاقتصاد الحالى أن يستطيع مجاراة كل التطورات وأن يستوعب كل ما هو جديد فى عالم العقود؟ إن هذا الطرح يؤدى إلى تحميل عقود الإذعان وتعبئتها بالعلاقات الجديدة بأسلوب لا يتفق مع المنطق القانونى السليم. بل إن استمرار عملية الإخضاع القسرى لكل العلاقات

([1]) أنظر فى ذلك، د/أحمد محمود سعد، نحو إرساء نظام قانونى لعقد المشورة المعلوماتية، المعالجة الآلية للبيانات بواسطة الحاسب الآلى، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٠٠.

التعاقدية المحتوية على طرف ضعيف وإدخالها عنوة فى نطاق عقود الإذعان سيؤدى إلى أزمة قانونية حقيقية خاصة وأن التطورات الاقتصادية لا تقف عند حد، بل إن الأحداث تنبئ عن احتمال ظهور علاقات اقتصادية أكثر حداثة، الأمر الذى يقتضى ضرورة وجود آليات قانونية تلائم هذه الأحداث.

خاتمة الفصل الأول

نخلص من دراسة هذا الفصل إلى أن هناك عدة نتائج وآثار قد ترتبت على أسلوب القانون المدنى في التعامل غير المباشر مع الشروط التعسفية، وهى كالآتى:

١- إن حرص القانون المدنى على ضمان مبدأ الاستقرار القانونى فى المعاملات، جعله يتعامل مع الشروط التعسفية بأسلوب يتجسد فى إلحاقها وربطها بطائفة قانونية محددة مسبقاً وذات نظام قانونى خاص بها. فالمشرع قد رصد ظاهرة الشروط التعسفية من خلال منظور نظرية عقود الإذعان معتبراً الأولى جزء من النسيج القانونى للثانية، بمعنى أنه ربطهما بعروة وثقى، وبالتالى فالشروط التعسفية أصبحت تدور وجوداً وعدماً مع عقود الإذعان. وهو أمر قد أضر بمصلحة المستهلك الذى لم يجد فى ظل هذه النظرية إلا حماية ناقصة لا تتوافر إلا إذا كان طرفاً فى علاقة إذعان يفرض فيها الطرف القوى عليه شروطه التعسفية، أما عن العلاقات التى أفرزها التقدم الاقتصادى، فلا يستفيد فيها من الحماية ضد الشروط التعسفية، حتى وإن كان ضعفه ظاهراً ولا يتسرب إليه أدنى شك.

٢- ترتب على أسلوب التعامل غير المباشر مع الشروط التعسفية، أن المشرع لم يقم بوضع تعريف محدد لها. وهذا هو منهج القانون المدنى فى التعامل مع معظم الأفكار التى يتعامل معها بطريق غير مباشر ملقياً بالمهمة على عاتق القضاء الذى يجب أن يجتهد بوضع تعريف على ضوء بعض المبادئ العامة مثل مبدأ العدالة ومبدأ حسن النية.

٣- نتيجة لما سبق، يتضح أن من المنطقى أن نقر أن المشرع قد منح القاضى دوراً واسعاً فى حماية المستهلك من الشروط التعسفية ولم يقيده سوى بالتقدير على أساس مبدأ العدالة. وهذا المنح وإن

كان يمثل ضمانة حقيقية للمستهلك باعتبار أن القضاء يعتبر دائماً هو الحصن والملاذ الذى يلجأ إليه الطرف الضعيف، إلا أنه قد يترتب عليه نتائج وخيمة تضر بمبدأ الاستقرار القانونى فى المعاملات إذا توسع القضاء فى الرقابة على الشروط التى تندرج فى عقود الإذعان.

٤- يرتبط بالنتيجة السابقة، نتيجة تمثلت فى تحفظ القضاء فى التعامل مع الشروط التعسفية فى العلاقات التعاقدية. فعدم تنظيم المشرع لموضوع الشروط التعسفية تنظيماً مباشراً جعل القضاء حذراً فى عدم الانزلاق فى تفسير شروط العقد لاستجلاء حقيقة توافر وصف التعسف فى الشروط. وإلى جانب ذلك، فالقاضى المدنى مقيد بضرورة احترام المبادئ التقليدية فى النظرية العامة للعقد، مثل مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الحرية التعاقدية، ومن الجدير بالذكر أن هذه المبادئ تجعل تدخل القاضى لحفظ التوازن العقدى محاطاً بالعديد من القيود التى فرضتها النظرية العامة للعقد.

٥- إن التعامل غير المباشر مع الشروط التعسفية ترتب عليه وجود نوع واحد فقط من الحماية وهو الحماية العلاجية. فطالما أن القضاء يتدخل بعد إبرام العقد، فإن الحماية الوقائية لا تعرف لها طريقاً فى دروب النظرية العامة للعقد فى القانون المدنى.

٦- رأينا من خلال دراستنا الدور البارز الذى لعبه الفقه فى محاولة منه لتوسيع مفهوم عقود الإذعان، أملاً فى زيادة قدرتها على استقبال معظم الشروط التعسفية التى تلحق بالمستهلك فى العلاقات التى يكون طرفاً فيها مع المهنى. ولقد وجدنا من خلال ما سبق، أن الفقه قد استخدم علمية التكييف القانونى، وذلك بالتوسيع أولاً فى مفهوم عقود الإذعان، ثم إلحاق عقود الاستهلاك بها ضماناً لتطبيق النظام القانونى المطبق فى عقود الإذعان على هذه العقود الاستهلاكية، وخاصة ما يتعلق بالحماية من الشروط التعسفية.

لكن الدراسة أثبتت أن عملية التكييف القانونى تتطلب توافر شروط لضمان نجاحها فى القيام بدورها كوسيلة قانونية يستخدمها دائماً الباحث القانونى لما لها من مزايا عديدة. هذه الشروط ثبتت بالتحليل عدم توافرها بشكل كامل، الأمر الذى يهدد نجاحها فى التوفيق بين القانون والواقع، وذلك لأن النصوص القانونية غير محددة تحديداً واضحاً، والواقع يتطور بشكل سريع مفرزاً العديد من العلاقات الاستهلاكية التى يصعب إخضاعها للقوالب التقليدية.

والمحصلة النهائية أن القانون المدنى وإن كان له السبق فى التعامل مع الشروط التعسفية، إلا أن ربطها بنظرية عقود الإذعان، من ناحية، وتقيد القاضى بالمبادئ التقليدية فى النظرية العامة للعقد، من ناحية أخرى، قد ترتب عليه عدم إمكانية وجود حماية كاملة للمستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية. وهو أمر لن يتأتى أو يتحقق إلا بتجديد المبادئ العامة فى نظرية العقد، مع ضرورة إحياء وإبراز مبدأ التوازن العقدى كمبدأ عام يسرى على جميع العقود وليس على طائفة محددة منها. فمن طريق هذا المبدأ، يمكن أن يتغير أسلوب القانون المدنى فى التعامل مع ظاهرة الشروط التعسفية. وهو أمر ذهب إليه بعض الفقهاء الذين رأوا ضرورة التجديد فى المبادئ العامة.

ومن جانبى، فقد تعرضت لذلك أيضاً صراحة ولكن على سبيل التذكير، حيث يصعب التفصيل فى هذا البحث الذى اقتصر على تحليل أسلوب التعامل مع الشروط التعسفية بين منهج القانون المدنى ومنهج قوانين الاستهلاك.

الفصل الثانى
حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية
فى ظل نظرية العقود الاستهلاكية
"الطريق المباشر للحماية"

يعتبر التنظيم التشريعى المباشر للشروط التعسفية هو المنهجية القانونية الأكثر استخداماً فى الدول الأوروبية التى تسعى حثيثاً نحو حماية المستهلك من هذه الشروط حماية فعالة ومباشرة، وهذا يمثل منهج قوانين الاستهلاك، وهو منهج يختلف عن الوضع فى القانون المدنى الذى تعامل مع الشروط التعسفية بشكل غير مباشرة، حيث رأى المشرع أن حماية المستهلك لا تتأتى إلا من خلال نظرية عقود الإذعان، أى باعتبار المستهلك هو الطرف المذعن. فالقانون المدنى لم يركز على حماية المستهلك من الشروط التعسفية بشكل مباشر، بل تعامل مع الشروط التعسفية على أنها نتيجة لضعف المركز الاقتصادى للمستهلك، أو بحكم كونه طرفاً مذعناً. وهذا هو جوهر التفرقة بين المنهجية التشريعية المباشرة وغير المباشرة فى التعامل مع الشروط التعسفية[1]، فالأولى تتصدى مباشرة لتحديد المقصود بهذه الشروط من حيث معاييرها وطرق تحديدها، أما الثانية فتركز وتتعامل مع مصدر وجود هذه الشروط أو الواقعة

---

(1) ففى ظل تصاعد الرغبة التشريعية فى توفير الحماية للمستهلكين فى معظم دول العالم، فإنه يمكن ملاحظة توجيه التشريعات المعاصرة إلى التدخل بشكل مباشر لحظر بعض الشروط التى تبدو تعسفية فى حد ذاتها فى نوع معين من أنواع العقود، مثل عقود الاستهلاك.

انظر فى ذلك د/ حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص ٢٥٩. ولقد حدد سيداته بعض الدول التى أصدرت التشريعات المتتالية لحماية المستهلك ضد الشروط التعسفية مثل ألمانيا وانجلترا وأسبانيا والبرتغال وهولندا وبلجيكا.

المنشئة لها (المبحث الأول).

وهذا الاختلاف فى التعامل التشريعى مع الشروط التعسفية أسفر عن بعض النتائج، وأهمها ما يتعلق بدور القاضى فى تحديد هذه الشروط. فالقانون المدنى المصرى قد ألقى بكل المسئولية على القاضى مانحاً له سلطة تقديرية واسعة ولم يقيد المشرع هذه السلطة أو يضع لها حدود سوى ما يتعلق بمبدأ العدالة الذى يجب أن يقدر القاضى على ضوئه مدى توافر الشروط التعسفية. أما المعاملة التشريعية المباشرة للشروط التعسفية، كما هو الحال فى قوانين الاستهلاك، فالقاضى لا ينفرد وحده بتحديد الشروط التعسفية، حيث يشاركه فى تحديد هذه الشروط سلطات إدارية أخرى تلعب دوراً وقائياً. هذه الوقاية تمثل عنصر مميز آخر للتعامل المباشر مع الشروط التعسفية، وهى حماية سابقة على تنفيذ العقد، على عكس الوضع فى القانون المدنى الذى لا يرتب سوى حماية علاجية بعد تنفيذ العقد. (المبحث الثانى).

المبحث الأول
تعريف الشروط التعسفية فى ظل نظرية العقود الاستهلاكية

تتعدد وتتنوع طرق وضع التعريفات القانونية للأفكار التى يلتقطها القانون تمهيداً لدخولها كجزء فى نسيج النظام القانونى([1]). فمن الطبيعى أن القانون يعتبر ظاهرة اجتماعية، وبما أنه كذلك فإن المشرع يحاول جاهداً استقبال كل ما يستجد من وقائع فى المجتمع. لكن يعتبر جواز مرور أى فكرة داخل النظام القانونى هو تعريفها وتحديدها تحديداً دقيقاً، حتى يمكن أن تقوم بدورها بعد ذلك بكفاءة([2]). فمن الجدير بالذكر، أن دخول الأفكار فى النظام القانونى يترتب عليه وضع نظام وأحكام قانونية، هذا النظام القانونى يكون قابل للتطبيق، بطبيعة الحال، على كل واقعة تستجد فى المجتمع وتتشابه مع الفكرة القانونية التى تم تعريفها. وعلى ذلك فالقانون يلتقط الظاهرة الاجتماعية ويعرفها تعريفاً دقيقاً ويضع لها النظام القانونى الملائم للتعامل معها، ثم يقوم القاضى بتطبيق هذا النظام القانونى على كل ما يستجد من وقائع يمكن

([1])"Le traitement juridique des faits suppose tout un arsenal d'instruments conceptuels, techniques et opérationnels susceptibles de capter les phénomènes et les opérations de la vie humaine et sociale". J. – L. BERGEL, op. cit., p.47.

([2]) فالاستخدام القانونى لأى فكرة يتطلب تحديدها عن طريق تعريف محدد، عن طريقه يتم وصف محتوى الفكرة وعناصرها الأساسية وصفاً مختصراً شاملاً.

"L'utilisation des concepts exige donc de les désigner par une dénomination particulière et de les définir, c'est-à-dire d'en décrire le contenu essentiel par une formule brève et synthélique" J.L. BERGEL, op. cit., p. 51.

ربطها بهذا النظام القانونى([1]).

ويترتب على ما سبق أن كفاءة أى تعريف قانونى تكمن فى وضوحه وفى قدرته على استقبال أكبر قدر ممكن من الوقائع المستجدة، الأمر الذى ينعكس فى النهاية على قدرة النظام القانونى على استيعاب كل المشاكل التى يفرزها الواقع. ومن الجدير بالذكر أن ذلك ييسر أيضاً دور القاضى فى القيام بمهمته الأساسية فى تطبيق القانون.

لكن السؤال الذى يطرح نفسه هو معرفة موقف كل من المشرع المصرى ونظيره الفرنسى من تعريف الشروط التعسفية فى قوانين حماية المستهلك.

الواقع أن الإجابة على هذا التساؤل تستوجب دراسة منهج كل من القانونين فى وضع التعريف، لكن من المعروف أن المشرع الفرنسى قد سبق نظيره المصرى بخطوات بل بقفزات عديدة وضاربة فى القدم فى هذا المجال، الأمر الذى يجعل المقارنة بينهما أمراً صعباً. لذلك سنقوم بتخصيص مطلب مستقل لكل قانون، وهو أمر فرضه التفاوت بين القانونين من حيث النقطة التى وصل إليها كل منهما فى المعالجة القانونية، لكن هذا لا يعنى اختلافهما فى طريقة ومنهج وضع التعريف للشروط التعسفية.

([1]) فتحديد المفهوم القانونى لأى فكرة يعتبر الوسيلة التى عن طريقها يستطيع القانون أن يحتوى الوقائع المتعددة.

"Les concepts sont donc les instruments par lesquels le droit a pris sur la réalité". J.L. BERGEL, op. cit., p. 51.

المطلب الأول
تعريف الشروط التعسفية
فى ظل نظرية العقود الاستهلاكية
فى القانون الفرنسى

إن التعامل القانونى مع أى فكرة يتطلب تعريفها وتحديدها حتى يمكن للقاضى الذى يبحث فى واقعة معينة أن يتأكد من مدى انطباق هذا التعريف على هذه الواقعة، الأمر الذى يساعد على أفضل تطبيق ممكن للقانون على الواقع(1). ولضمان أفضل ارتباط ممكن بين الواقع والقانون، يجب أن يتيسر للقاضى مجموعة من الأدوات القانونية، مادية كانت أم ذهنية، حتى يستطيع القيام بمهمته على أفضل وجه. وهنا يظهر دور المعايير القانونية التى تساعد على تعريف الأفكار تعريفاً يضمن سهولة ارتباطها وانطباقها على الواقعة المراد تطبيق القانون عليها. فالمعيار يمكن تعريفه ببساطة على أنه عنصر أو أداة الربط بين المواقف المراد تكييفها وبين بعض الأفكار القانونية، أى هو همزة الوصل التى تيسر ارتباط الفكرة القانونية على الواقعة المراد بحثها.

"Le critère est un élément de rattachement d'une situation à une notion"(2).

---

(1) فمن الجدير بالذكر أن الوقائع التى تحدث فى المجتمع لا يمكن أن يتم تحليلها قانونياً إلا عن طريق إلحاقها بأفكار ومفاهيم قانونية معروفة ومعرفة.

"Les situations de fait ne peuvent être analysées en droit que par référence à des concepts juridiques connus et définis", J. – L. BERGEL, op. cit., p. 108.

(2)L. FIN – LANGER, L'équilibre contractual, LGDJ., 2002, p. 195.

لكن تعريف أى فكرة يمكن أن يتحقق عن طريق منهجية قانونية أخرى غير منهجية تبنى المعايير. فمن الجدير بالذكر أن موضوع وضع تعريف قانونى لأى فكرة يمكن أن يفى به طرق عديدة.

لذلك يجب قبل الحديث عن المعايير المستخدمة فى تعريف الشروط التعسفية، أن نبحث فى المنهجية التشريعية فى تعريف الأفكار بصفة عامة، وهو أمر يفرضه البحث لتوضيح مدى ملائمة وفعالية تعريف الشروط التعسفية عن طريق المعايير الموضوعية، الأمر الذى لا يتحقق إلا بمقارنة ذلك بالطرق الأخرى، كما سنوضحه فى الفرع الأول من هذا المطلب، ثم نخصص الفرع الثانى لبحث المعايير المستخدمة فى تعريف الشروط التعسفية.

الفرع الأول

المنهجية التشريعية فى التعامل مع الشروط التعسفية فى تقنين الاستهلاك الفرنسى

سبق أن ذكرنا أن التعريف القانونى لأى فكرة يقدم فائدة كبيرة لكل نظام قانونى. فمن ناحية، فالتعامل مع أى واقعة أو ظاهرة اجتماعية لا يمكن تحليلها قانونياً إلا بإدخالها أو بإلحاقها بطوائف أو مفاهيم قانونية، بشرط أن يتم تعريف وتحديد هذه المفاهيم بدقة. ومن ناحية أخرى، فالتعريف القانونى لأي فكرة وتحديدها يساعد على الاستقرار القانونى، لأنه يؤدى إلى تحديد دقيق للأفكار، الأمر الذى ييسر للقاضى تطبيق القانون واستنباط حلول موحدة لكل المشاكل التى تثور فى المجتمع([1]). إذن فمن أجل

([1]) فالتعريف يجب أن يكون دقيق ومؤكد حتى يمكن تطبيقه.

"Il faut que la définition soit assez nette et certaine pour pouvoir être appliquée".

الاستقرار القانونى، يجب أن نقوم بتحديد دقيق للعناصر والخصائص الجوهرية لكل مفهوم قانونى، وكذلك تحديد العلاقات بين هذه العناصر.

"Pour assurer la sécurité juridique, il faut que tout concept juridique soit susceptible d'une définition fondée sur les attribute qu'il comporte et les relations spécifiques entre ces divers éléments" ([1]).

لكن يجب التفرقة بين التعريف القانونى القائم على تحديد عناصر وخصائص الشئ المراد تعريفه وبين التعريف اللغوى لبعض المصطلحات، أو ما يمكن أن نجده فى بعض القوانين فى تعداد مادى خالص لبعض المواقف المعبرة عن هذا المصطلح. وهذا ما أطلق عليه البعض التفرقة بين التعريفات الحقيقية للأفكار القانونية القائمة على تحليل عناصرها وخصائصها، وبين التعريفات الغير مباشرة.

"Une distinction majeure s'impose entre les définitions directes de choses et celles de mots, entre les définitions réelles et les définitions terminologiques"([2]).

إذن فالتعريفات الحقيقية أو المباشرة هى التى ترتكز على تحديد الخصائص الجوهرية أو العناصر المكونة للشئ المراد تعريفه. ثم بعد ذلك يدور البحث حول تحديد العلاقات المتبادلة بين هذه الخصائص أو العناصر المكونة لها. فالتعريف الحقيقى أو المباشر

= J. DABIN, théorie générale du droit, Dalloz, 1969, n° 253.

([1])J. L. BERGEL, Méthodologie juridique, op. cit., p. 108.

([2])G. CORNU, Les définitions dons la loi, Mèlonges J. VINCENT, Dalloz, 1981, p. 77 et s.

يجب أن:

"Identifier les éléments constitutifs du concept envisagé et caractériser leur relations réciptoques"([1]).

وعلى ذلك فتحديد العناصر أو الخصائص المميزة للفكرة المراد تعريفها يمثل حجر الزاوية فى التعريف، فعلى سبيل المثال فى تعريف العرف، يمكن أن نجد أن هناك عنصران، الأول مادى يتمثل فى سلوك الناس العام والمتواتر، والثانى معنوى يتجسد فى استقرار العادة السلوكية فى ضمير الجماعة بحيث يكون لها صفة الإلزام. وكذلك الوضع فى تعريف فكرة الحيازة وغيرها من الأفكار التى ينطبق عليها هذا التحديد. ثم تأتى الخطوة التالية التى ترمى نحو تحديد العلاقات المتبادلة بين هذه العناصر. وهذه العلاقات تتنوع حسب ما يقتضيه تحديد كل فكرة. فقد تكون العلاقة تكاملية، كما ذكرنا، بين عنصر مادى وآخر معنوى. وقد تكون العلاقة عبارة عن علاقة سببية، مثل الوضع فى تحديد العلاقة بين عنصرى المسئولية الخطأ والضرر.

وعلى عكس هذه التعريفات الحقيقية، هناك نوع آخر، كما ذكرنا، من التعريفات، وهو التعريف غير المباشر للفكرة المراد تحديدها. وهى تعريفات لغوية لا تدور حول الخصائص الجوهرية أو العناصر الأساسية للفكرة. والعديد من التشريعات تتبنى هذا المنهج فى التعريفات التى تتصدر دائماً بعض القوانين الصادرة بهدف تحديد العلامات أو المؤشرات لمعنى الكلمات المستخدمة. فغالباً ما تأتى هذه

([1])J. -L. BERGEL, op. cit., p. 108; ch. EISENMANN, Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique, in la logique du droit. Arch. De philosophie du droit, t. XI, 1966, p. 25 et s.

التعريفات فى فصل تمهيدى يحدد معانى بعض الكلمات المستخدمة فى نصوص هذا القانون، ويكون الهدف من ذلك هو تحديد المعنى الذى تفسر به الكلمة المعرفة فى هذا الفصل فى حالة استعمالها ضمن أحد نصوص القانون. وعلى ذلك فيمكن القول أن هذه التعريفات تمثل تفسير مسبق لمعانى الكلمات التى يستخدمها المشرع بكثرة فى هذه القوانين.

"La définition n'est alors que l'indication du sens déterminé d'un terme employé dans un text ..... le sens d'un mots n'y est donné que pour un texte determiné auquel il se limite, pour en fournir une pré-interprétetion"([1]).

لكن هذا لا يعنى القول أن التعريفات الغير مباشرة لا تتمتع بأى فائدة فى النظام القانونى ، فكل ما نريد قوله هو عدم كفايتها لتجاية كل غموض يحيط ببعض الأفكار التى تحتاج لتحديد دقيق لعناصرها حتى يقوم القاضى بتطبيقها بشكل موحد على جميع الوقائع القانونية بهدف ضمان الاستقرار القانونى الذى تسعى لتحقيقه كل النظم القانونية، وأيضاً لزيادة قدرة وكفاءة النظام القانونى على استيعاب كل الوقائع التى تحدث وتستجد فى المجتمع. وبتعبير آخر أكثر وضوحاً يمكن أن نقول أن التعريفات غير المباشرة التى تهدف لتجلية وتوضيح معانى الكلمات فقط لا تكفى وحدها لوضع تعريفات قانونية شاملة وكافية. وأن أفضل طريقة لتعريف فكرة معينة هو تناولها من خلال خصائصها الجوهرية وعناصرها المكونة لها. أى أن «أسهل طريقة لتعريف أمر معين هى تحليل الخصائص التى يمكن أن يتبعها المعرف ثم استبعاد ما ليس

([1])J. -L. BERGEL, op. cit., p. 113.

جوهرياً فى هذه الخصائص واستبقاء الجوهرى، ليأتى المعرف ليحيط بالأخيرة»[1].

الواقع أن التعريف الغير مباشر لفكرة معينة لا يشمل فقط المعنى اللغوى لها، بل يأخذ عدة صور منها التعداد الحصرى أو غير الحصرى للمواقف التى تعبر عن هذه الفكرة بشكل دقيق وهو ما يسمى بتعريف القائمة. وهذا التحديد يستمد أهميته من قدرته على توفير الاستقرار القانونى فى النظام القانونى، لأن هذا التحديد يستبعد كل تحكم من جانب القاضى، وبالتالى يؤدى إلى توحيد الحلول القانونية. وعلى ذلك فإن التعريف غير المباشر، وخاصة ما يتعلق بالنص على تعداد للمواقف المتعلقة بالفكرة المراد تعريفها يمثل هدفاً تسعى كل النظم القانونية إلى تحقيقه. لكن إذا كانت هذه المنهجية تؤدى إلى الاستقرار القانونى، إلا أنها لا تساعد النظام القانونى على استيعاب التطورات التى يفرزها الواقع العملى. فالقانون يحتاج دائماً، بجانب التحديد الذى يجسده التعريف غير المباشر، إلى التعريفات الحقيقية المباشرة بما تحويه من معايير تستطيع أن تربط بين الأفكار القانونية المراد تحديدها وبين المواقف والوقائع المتجددة فى المجتمع[2]. وقد كان هذا المنهج المتمثل فى الجمع بين هذين النوعين من التعريفات أسلوباً اتبعه المشرع الفرنسى وهو بصدد تعريف الشروط التعسفية وتحديدها. وعلى ذلك فإن هذين التعريفين

---

[1] د/عبد الرحمن بدوى، مناهج البحث العلمى، طبعة ١٩٦٨، ص٦٣، د/نبيلة إسماعيل رسلان، التأمين ضد أخطار التلوث، طبعة ٢٠٠٧، ص١٠.

[2] وهذا الأسلوب من التعريف يختلف عن أسلوب التعداد الحصرى عن طريق نظام القائمة، "Ce type de définition décrivent une notion, par des critères associés ". J. –L. BERGEL, op. cit., p. 110; G. CORNU, op. cit., p. 77.

قد التقيا على ساحة رحبة، هى الأخرى محل لعديد من اهتمامات الفقهاء التى تتلاقى فى مصب واحد والتى تهدف إلى إزالة كل غموض يتعلق بتحديد الشروط التعسفية.

فحرصاً على ضمان أفضل تعريف للشروط التعسفية، استخدم المشرع الفرنسى التقنيتين أو المنهجين السابق ذكرهما. فلقد تبنى المشرع الفرنسى منهج التعريف غير المباشر، وذلك بالنص على قائمة محددة على سبيل المثال، وضح فيها المشرع مجموعة من المواقف الواضحة الدلالة على توافر وصف التعسف فيها. وإلى جانب هذه التقنية، استخدم المشرع أسلوب التعريف المباشر المنصب على عناصر ومعايير الشرط التعسفى. ومن الجدير بالذكر أن هذه المعالجة المشروط التعسفية أصبحت تمثل جزءاً من منظومة أوروبية تتبنى الطريقتين عند تعريف هذه الشروط. فلقد نص المرسوم الأوروبى الصادر فى ٥ أبريل سنة ١٩٩٣ على هاتين الطريقتين. ومن جانبه، اقتبس المشرع الفرنسى قائمة الشروط التعسفية المنصوص عليها فى ذلك المرسوم الأوروبى، وذلك فى القانون الصادر فى أول فبراير سنة ١٩٩٥. وهذا المسلك الذى انتهجه المشرع الفرنسى يعتبر مسلكاً محموداً ترتب عليه تبنى تعريف شامل للشروط التعسفية. فهاتين الطريقتين فى تعريف الشروط التعسفية تقدمان سوياً جملة من المزايا التى يجب أن نعرضها تفصيلياً، والتى توضح أن لكل أسلوب مزايا ينفرد بها.

أولاً : بالنسبة للتعريف غير المباشر للشروط التعسفية أو ما يسمى بتعريف القائمة:

كما ذكرنا سابقاً، يعتبر أسلوب القائمة أفضل ضمانة لوجود الاستقرار أو الأمن القانونى الذى تسعى كل النظم القانونية لتحقيقه باعتباره الغاية المنشودة والمطلوب تحقيقها. فهذه القائمة تمد القاضى بعلامات إرشادية تبصره وتساعده عند تحديد وتقدير وصف التعسف

من عدمه، وهو أمر يخفف كثيراً على القاضى. وإلى جانب ذلك، فهى تضئ الطريق أمام المتعاقدين المقبلين على إبرام عقد استهلاك، وتعلمهم بطائفة من الشروط التى يجب أن يتجنبوها عند إبرام عقدهم. وكل هذا من شأنه أن يوفر مناخ من الاستقرار القانونى

وإلى جانب ما يحققه أسلوب القائمة من استقرار قانونى، فإنه أصبح وسيلة لضمان التناغم والتوافق بين الدول الأوروبية الساعية نحو تبنى تشريعات موحدة. وليس من شك أن توحيد الحلول فيما يتعلق بتحديد الشروط التعسفية يمثل هدفاً مشتركاً لكل الدول الأوروبية، لأنه يؤدى إلى تحقيق مصالح مشتركة، سواء كانت اجتماعية أم اقتصادية. فعند التعامل الاقتصادى بين هذه الدول يعتبر تحديد الشروط التعسفية مسبقاً من الوسائل التى تساعد على سرعة العمليات الاقتصادية والتبادل التجارى، لأنها توفر الكثير من الوقت المخصص للمفاوضات المشتركة التى تهدف إلى تحديد هذه الشروط التعسفية الواجب استبعادها من العقود. وإلى جانب المزايا الاقتصادية، فأسلوب القائمة يقدم ضمانات اجتماعية للمستهلكين الذين يبرمون عقوداً مع تجار من دول أوروبية أخرى. فتبصير هؤلاء المستهلكين يحقق العلم المسبق لهم ويوفر لهم قدراً من الطمأنينة عند إقبالهم على إبرام العقود.

ثانياً : بالنسبة للتعريف المباشر المنصب على عناصر ومعايير الشرط التعسفى :

بالرغم من الأهمية التى يقدمها أسلوب القائمة فى تعريف الشروط التعسفية، إلا أنه لا يمكن له أن يستوعب التطورات التى تفرز مواقف متنوعة قد لا تستوعبها هذه القائمة. لذلك رأى المشرع الفرنسى ضرورة وضع تعريف عام أو ما أطلقنا عليه تعريف مباشر يدور حول عناصر ومعايير موضوعية تمس هذه الشروط مباشرة. ومن الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسى قد مر بمرحلتين، وهو بصدد

تعريف الشروط التعسفية، فقبل قانون فبراير ١٩٩٥، نص المشرع على معيارين وهما معيار النفوذ الاقتصادى ومعيار الميزة المفرطة، لكن هذان المعياران تم اختزالهما فى معيار واحد نص عليه قانون أول فبراير ١٩٩٥، وهو معيار عدم التوازن الظاهر فى الحقوق والالتزامات التى يرتبها العقد فى مواجهة الطرفين.

ومن مزايا التعريف المباشر أو العام أنه يسمح باستقبال عدد غير محدود من المواقف المستجدة فى الواقع العملى، وهو هدف لا يمكن أن يحققه أسلوب التعريف غير المباشر أو ما يمكن أن نطلق عله نظام القائمة. كما سمح هذا الأسلوب باستيعاب كل التطورات الطارئة على العقد، دون حاجة لانتظار تعديلات تشريعية. لكن السؤال الذى يطرح نفسه هو معرفة كيف تعامل الفقهاء الفرنسيين. مع هذه المنهجية المستندة إلى معيار عدم التوازن الظاهر فى الحقوق والالتزامات كمقياس موحد يتحدد بناء عليه توافر وصف التعسف فى الشرط؟

الواقع أن هؤلاء الفقهاء قد رحبوا بتبنى معيار واحد ومحدد لفكرة الشرط التعسفى، كما رحبوا بالتعامل المباشر المنصب على فكرة موضوعية، وهو أمر يحتاج لتفصيل.

الفرع الثانى

المعايير المستخدمة فى تعريف الشروط التعسفية فى القانون الفرنسى

ذكرنا أن أهم ما يميز المعاملة التشريعية المباشرة للشروط التعسفية هو التركيز على تحديد المعايير أو العناصر المكونة لها. فتقدير الشروط التعسفية يتطلب وضع معايير محددة لها تجنباً لحدوث أى تحكم من جانب قاضى الموضوع[1]. إذن فأول مظهر من

---

[1] فصياغة العبارات العامة التى تحتاج لتوضيح وتحديد قد تفتح المجال لاجتهاد القاضى،

مظاهر المعاملة التشريعية يتمثل فى تراجع دور القاضى فى تحديد معايير الشروط التعسفية، على عكس الوضع فى القانون المدنى الذى يتمتع فيه القاضى، كما ذكرنا، بسلطة تقديرية واسعة فى هذا المجال، ومنهج القانون المدنى وإن كان يتميز بالبساطة «إلا أنه لا يتضمن معايير واضحة ومحددة يتقيد بها القاضى فى تقديره للطابع التعسفى للشرط، على نحو يفتح الباب واسعاً أمام احتمالات تحكم القضاة وإساءة استعمال السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة لهم»([1]).

إن وضع تعريف محدد لأى مفهوم قانونى يتطلب تحديد أركانه([2])؛ أو عناصره([1])، أو معاييره([2])، وكلها طرق ووسائل

= وبالتالى عدم توحيد الحلول، الأمر الذى يترتب عليه عدم الاستقرار القانونى،

ويمكن أن نضرب مثال على ذلك بموقف المشرع المصرى من تحديد المقصود بالتعسف فى استعمال الحق، فمن الجدير بالذكر أن تحديد الحالات التى يعتبر فيها الشخص متعسفاً يمكن أن يتم عن طريق وسيلتين،

الأولى عن طريق وضع مبدأ عام يحكم معيار التعسف فيتسع لكل الصور التى يمكن أن تندرج تحته.

والثانية هى وضع عدة ضوابط أو معايير تحدد صور التعسف، وهذه هى الوسيلة التى اتخذها المشرع. حيث لاحظ المشرع كما يقول الأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة أن «العبارات العامة التى صيغ فيها المبدأ فى التشريعات الحديثة يعوزها التحديد الذى يهيئ للقاضى ضوابط يمكن الاسترشاد بها، وبذلك فتحت أمامه مجالاً واسعاً للاجتهاد. كما لاحظ أن المعايير التى يقول بها الفقه ليست منضبطة كذلك، ولهذا أخذ ضوابط ثلاثة من الفقه الإسلامى يقوم عليها معيار التعسف». د/عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٥٢٠.

([1]) د/محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف فى الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص ١١٨.

([2]) على سبيل المثال يُعرف العرف بأنه عادة درج الناس على إتباعها فترة من الزمن حتى استقرت فى النفوس، وأصبح لها صفة الإلزام. ويتضح من هذا التعريف أنه ساهم فى تحديده ركنان، الركن الأول هو الركن المادى المتمثل فى السلوك المتواتر من قبل جماعة

قانونية تهدف إلى إزالة الغموض والإبهام الذى يشوب بعض المفاهيم والذى قد يترتب عليه عدم توحيد الحلول القانونية والقضائية المتعلقة بالمسألة أو الإشكالية محل التعريف. ولقد مر تعريف الشروط التعسفية فى القانون الفرنسى بمرحلتين، الأولى تمت فى ظل قانون ١٠ يناير ١٩٧٨، أما المرحلة الثانية فقد تمت فى ظل قانون ١ فبراير ١٩٩٥. ولقد تميزت المرحلة الأولى بوجود معيارين يساهمان فى تحديد المقصود بالشروط التعسفية، أحدهما موضوعى والآخر شخصى. أما المرحلة الثانية، فلقد تميزت بوجود معيار موضوعى وهو التوازن فى الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد الاستهلاك والنافذة فى مواجهة كل من المستهلك والتاجر. وفى القانون المصرى، يجب أن نستعرض موقف المشرع فى قانون حماية المستهلك من تحديد الشروط التعسفية فى عقود الاستهلاك.

وعلى ذلك سنقوم بتقسيم هذا الفرع إلى غصنين، على النحو التالى:

الغصن الأول: سنعالج فيه مرحلة تعدد المعايير الموضوعية والشخصية فى تعريف الشروط التعسفية، وهى المرحلة المتعلقة

== من الناس. والركن الثانى هو الركن المعنوى المتمثل فى استقرار هذه العادة فى ضمير الجماعة وأخذها صفة الإلزام. وهذا الركن المعنوى هو ما يميز العرف عن العادة الاتفاقية.

(١) على سبيل المثال تعريف العامل الخاضع لقانون التأمينات الاجتماعية، حيث يمكن تحديد صفة العامل عن طريق عنصرين. الأول هو عنصر التبعية، وهو يعنى خضوع العامل خضوعاً قانونياً لرب العمل الذى يملك السلطات التنظيمية التى تؤهله لوضع اللوائح والأوامر، كما يمتلك السلطة التأديبية التى تسمح له بعقاب العامل الذى يخالف القواعد التنظيمية. والثانى هو عنصر الأجر، وهو يعنى كل ما يحصل عليه العامل من رب العمل مقابل القيام بعمله سواء كان فى صورة نقدية أو فى صورة عينية.

(٢) على سبيل المثال، ما قام به المشرع فى القانون المدنى عندما عرف التعسف فى استعمال الحق عن طريق صياغة ثلاثة معايير فى المادة الخامسة.

بقانون ١٠ يناير ١٩٧٨٨ الصادر فى فرنسا.

الغصن الثانى: سنخصصه للحديث عن معيار التوازن فى الحقوق والالتزامات بين كل من المستهلك والتاجر، وهو معيار منصوص عليه فى قانون ١ فبراير ١٩٩٥، كما يمكن استنباطه من قانون الاستهلاك المصرى.

الغصن الأول
تعريف الشروط التعسفية بين المعيار الشخصى والمعيار الموضوعى

عرفت المادة ٣٥ من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨(١) الشروط التعسفية بأنها هى تلك الشروط التى يفرضها المحترف على المستهلك أو على غير المحترف وتقوم على التعسف فى استخدام النفوذ الاقتصادى، وتودى إلى استفادة المحترف بمزايا مفرطة أو مبالغ فيها. فالمادة السابقة ذكرت أن مثل هذه الشروط لا يجب على التاجر أن يضمنها العقد، وإذا فعل تكون باطلة عندما تكون :

"Imposées aux non professionnels consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confère un avantage excessif"(2).

---

(١) يعتبر هذا القانون هو الخطوة الأولى فى مجال حماية المستهلك ضد الشروط التعسفية، كحماية مباشرة، وقد عالج قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ إعلام وحماية المستهلكين للسلع والخدمات من خلال خمسة فصول. جاء الفصل الأول تحت عنوان «الوسائل المستخدمة للحفاظ على أمن وصحة المستهلكين. وعنوان الفصل الثانى «قمع الغش والتدليس فى مجال السلع والخدمات. والفصل الثالث: "La qualification des produits" وعنوان الفصل الرابع «حماية المستهلكين من الشروط التعسفية»، وأخيراً جاء عنوان الفصل الخامس «الإعلانات الكاذبة أو التى تؤدى إلى الغلط».

(2)Ph. DELEBECQUE, et F. – J. PENSIER. Droit des obligations, contrat et quasi- contrat, 2ème éd. Litec 2001, n° 436, p. 300.

ويظهر من هذا النص، أن المشرع الفرنسى قد حدد نطاق الشروط التعسفية فى العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين فقط. فالحماية ضد الشروط التعسفية لا تمتد إلى العقود المبرمة بين المهنيين فيما بينهم، ولا العقود المبرمة بين المستهلكين مع بعضهم البعض. وإلى جانب هذا التحديد المتعلق بنطاق سريان الشروط التعسفية، فإن المادة ٣٥ من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ قد حددت قائمة ببعض الشروط التى قد يشوبها وصف التعسف. لذلك ذهب جانب من الفقه الفرنسى إلى أن المادة ٣٥ قد حددت على الأقل أربعة معايير تتضافر من أجل تحديد المقصود بالشروط التعسفية:

"La clause abusive nécessite donc la réunion de quatre critéres cumulatifs".

فحسب هذا الرأى، يشترط **أولاً**، أن يندرج الشرط ضمن عقد مبرم بين محترف ومستهلك. **ثانياً**، يشترط أن يحصل المحترف من وراء هذا الشرط على فائدة مادية مفرطة ومبالغ فيها. **ثالثاً**، يجب أن يُفرض هذا الشرط على المستهلك. **رابعاً**، يجب أن يحصل المحترف على الفائدة المفرطة عن طريق التعسف فى إستخدام قوته الاقتصادية([1]).

([1])M. TROCHU, Y. TREMORIN et P. BERCHON, La protection des consommateurs contre les clauses abusives: Etude de la législation Française du 10 janvier 1978, DPCI mars 1981, p. 44 et 45: "La clause abusive doit, tout d'abord, figurer dans un contrat conclu entre un professionnel et non Professionnel ou consommateurs .... Il importe, en second lieu, que le professionnel en ratire un avantage excessif .... Il faut, en trosième lieu, que cette clause aparaisse imposée aux non. Professionnels au consommateurs et qu'elle le soit, enfin, par un abus de la puissance économique du professionnel".

لكن الفقه الراجح استقر على أنه يشترط توافر معيارين فقط من أجل تحديد الشرط التعسفى[1]، وهما معياران متكاملان ويرتبطان برابطة سببية، أى أن وقوع أحدهما يكون نتيجة لاستخدام الآخر، بمعنى أن الفائدة المفرطة أو المبالغ فيها التى يحصل عليها المهنى المحترف ليست إلا نتيجة إساءة استخدامه لنفوذه الاقتصادى، أى التعسف فى استخدامه. فالواقع العملى يشهد بأن الشرط التعسفى يخلق فائدة مفرطة نتيجة تعسف المهنى فى استخدام القدرة الاقتصادية. إذن يوجد معياران أو عنصران يساهمان فى تعريف الشرط التعسفى، العنصر الأول يعتبر عنصر موضوعى يتمثل فى حصول المحترف على مزايا مفرطة أو مبالغ فيها، والعنصر الثانى عنصر شخصى يتمثل فى وجوب كون الشرط المفروض على المستهلك ناتجاً عن تعسف المهنى فى استخدام تفوقه الاقتصادى، فهل كان المشرع الفرنسى موفقاً عندما تبنى ضرورة وجود المعيار الشخصى بجانب المعيار الموضوعى؟

ذهب البعض إلى أنه «يبدو من الناحية النظرية أن لا ضرورة لاستلزام اقتران التعسف الواضح فى الشرط بمعيار شخصى ... إلا أننا نؤكد على أن خضوع المستهلك لضغوط فعلية وعملية هو الذى يجعله يقبل بمثل هذا الشرط»[2].

وبتعبير أكثر حسماً، ذهب البعض إلى أن المشرع الفرنسى لم يكن موفقاً عندما استلزم هذا الشرط، مستندين فى ذلك إلى ما دار أثناء الأعمال التحضيرية لقانون ١٠ يناير ١٩٧٨، حيث دارت

---

(1) O. CARMET, Réflixion sur les clauses abusives au sens de la loi 78-23 du 10 janvier 1978, RTD com. 1982, p. 16;
P. GODE, clauses abusives, RTD civ. 1978, p. 746.

(2) د/ حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص ٢٧٠.

مناقشات واقتراحات بتبنى معيار واحد فقط للشرط التعسفى، وهو اختلال التوازن بين الحقوق والواجبات المتعلقة بطرفى العقد والمترتبة عليه. أى أن مشروع القانون كان يشترط ضرورة حدوث تفاوت ظاهر فقط، دون الحاجة لاستلزام كون التعسف ناجماً عن استغلال النفوذ الاقتصادى. لكن لم يتبن المشرع الفرنسى هذا الاقتراح نظراً لأن صيغته تقترب وتثير فكرة الغبن([1]).

"Mais en raison de la confusion possible avec la lésion, interdite, en principe dans notre droit et de l'imprécision du critère, cette notion a été écartée au profit de celle d'avantage excessif".

وإلى جانب النقد الموجه لهذا المعيار([2])، فإن معيار الاستفادة المفرطة أو المبالغ فيها قد أثار بعض الغموض واللبس نظراً لعدم وجود حد أقصى أو سقف تكون بعده الفائدة مفرطة أو مجحفة، وهو أمر

([1])P. GODE, op. cit., p. 746; A. RIEG, La lutte contre les clauses abusives des contrats, Esquisse comparative des solutions allemande et française, in Etudes offertes à René RODIÈRE, 1981, p. 239 et 240.

([2]) من النقاط الغامضة التى أثارها معيار المزايا المفرطة، يمكن أن نذكر بعض التساؤلات:

فمن ناحية أولى، هل لفظ المزايا يشمل المزايا المادية فقط أم أنه جاء عاماً، بحيث أنه يشمل المزايا المادية وغيرها؟

ومن ناحية أخرى، يثير هذا العنصر الموضوعى أيضاً التساؤل حول ضرورة نشوء عدم التوازن العقدى من الشرط بشكل مباشر، أم أنه يجب تقدير وجود عدم التوازن والمزايا الناشئة عن الشرط من خلال النظر إلى شروط وبنود العقد جميعها؟

أنظر فى ذلك د/ حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص٢٦٩. حيث يذكر سيادته العديد من التساؤلات، وقام بتحليلها بالتفصيل.

قد يؤدى إلى تحكم القضاء وهو فى طريقه لتقدير توافر معايير التعسف. بيد أن هذا الوضع لم يسفر فى البداية عن آثار سلبية ظاهرة، ويرجع ذلك إلى أن الحكومة هى التى كانت منوطة بتحديد الشروط التعسفية والتأكد من معايير وجودها. أى أن القاضى لم يكن له أى سلطة تقديرية تتيح له التصدى لبحث مدى توافر التعسف فى أحد شروط العقد، وبالتالى لم تكن الحاجة ملحة للتحديد.

لكن ابتداء من سنة ١٩٩١ اعترفت محكمة النقض الفرنسية بسلطة تقديرية لقاضى الموضوع فيما يتعلق بمعايير التعسف([1]). وعلى ذلك اقتضت فكرة الشرط التعسفى أن يكون تعريفه مصاغاً بشكل أكثر تحديداً لتجنب اى تحكم يمكن أن يصدر من قاضى الموضوع فى هذا الشأن. ومن جانبها، اقترحت لجنة حماية المستهلك من الشروط التعسفية أن يكون هذا التعريف واسعاً بحيث يتيح للجان التدخل بحرية فى تقدير هذه الشروط، لذلك اقترحت اللجنة إلغاء معيار التعسف فى استخدام النفوذ الاقتصادى([2]).

ولقد تعاصر وتزامن مع هذه الاقتراحات، ظهور مشروع المرسوم الأوروبى المتعلق بالشروط التعسفية والرامى إلى توحيد الحلول المتعلقة به حرصاً على تحقيق التناغم بين قوانين الدول الأوروبية. وبعد عمل تحضيرى، اقترح المرسوم، كتعريف للشرط التعسفى، أن يكون هذا الشرط مندرجاً فى عقد غير خاضع لأى مفاوضة فردية بين

([1])Civ 1ère, 14 mai 1991, JCP 1991, éd G, II, 21763, note G. PAISANT.

([2])Rapport de la commission des clauses abusives à Madame le sécrétaire d'Etat chargé de la consommation, BOCCRF 8 mai 1991, p. 122.

طرفى العقد، ويكون الشرط تعسفياً، إذا كان ينشئ عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات طرفى العقد([1]).

"Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat"([2]).

([1]) من الجدير بالذكر أن هناك العديد من الأسباب التى دعت إلى ضرورة وجود مرسوم أوروبى لتوحيد النظم القانونية المتعلقة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية. فلقد كان هذا الاختلاف من الدول الأوروبية فى التعامل مع الشروط التعسفية هو السبب الجوهرى الذى أدى إلى الدعوى نحو توحيد الحلول وجعلها أكثر تناغم فى هذا المجال، حيث لا يجب أن يؤدى اختلاف القوانين إلى إشعال حرب المنافسة غير المشروعة بين المنتجين على أساس تشريعى. وكذلك فمن الضرورى الا يؤدى اختلاف التشريعات إلى الإضرار بالتبادل التجارى بين دول السوق الأوروبية أو لإضرار المستهلك الذى لا يفترض فيه العلم بكافة قوانين دول السوق الأوروبية». د/ حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص ٢٦٠.

([2])Dir, n° 93/13 CEE, 5 avril 1993, JOCE n° L.95, 21 avril 1993, p. 29; M. TROCHU, Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, [Directive n° 93-13 CEE du conseil du 5 avril 1993], D. 1993, chr. 315; J. JUET, la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives, JCP 1993, Actualités du 30 juin, p. 26; F. SAGE, Le droit française au regard de la directive 93/13 du conseil des communautés européennes du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Gaz. Pal. 1994, II, doct. P. 1190.

M. ESPERIQUETTE, La législation communautaire des =

الغصن الثانى
تعريف الشروط التعسفية عن طريق فكرة التوازن العقدى كمعيار وحيد

إن من أهم الانتقادات التى يُمكن توجيهها إلى معيار إساءة استعمال النفوذ الاقتصادى تكمن فى كونه لا يتناسب مع منهجية التعامل المباشر مع الشروط التعسفية، وما تقتضيه هذه المنهجية من التركيز على العناصر الداخلية لهذه الشروط. لذلك وجدت العديد من التشريعات ضالتها المنشودة فى فكرة التوازن العقدى كوسيلة موضوعية يمكن الاستناد إليها عند وضع تعريف محدد للشروط التعسفية.

فلقد ذكرنا أن المرسوم الأوروبى قد قام بتبنى معيارين وهو بصدد تعريف الشروط التعسفية، الأول يتعلق بعدم التوازن الظاهر فى الحقوق والالتزامات لطرفى العقد، والثانى يتعلق بالقيام بالمفاوضة الفردية التى ركز عليها المرسوم الأوروبى كعنصر أساسى فى تعريف هذه الشروط([1]). لكن المشرع الفرنسى لم ينقل عن المرسوم الأوروبى سوى معيار عدم التوازن الظاهر بين طرفى العقد فى الحقوق والواجبات([2])، مغفلاً بذلك معيار المفاوضة، أى أنه

= contrats, conclus avec les consommateurs, Rev. Conc. Cons., nov. – déc. 1993, n° 76, p.11.

([1])"Un clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au detriment du consommateurs un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat".

([2])L. FIN-LANGER, L'équilibre contractuel,, op. cit., p. 136. "Cette notion de déséquilibre significatif appâit donc dans =

لم ينقل عن المرسوم نقلاً حرفياً. وتحقيقاً لذلك جرى تعديل المادة ١٣٢/١ من تقنين الاستهلاك الفرنسى. وسيراً على نفس المنهج، قامت بعض الدول الأوروبية بتبنى معيار عدم التوازن العقدى في تعريف الشروط التعسفية.

أولاً : تعريف الشروط التعسفية فى القانون الفرنسى:

بمقتضى القانون رقم ٩٥ — ٩٦ الصادر فى أول فبراير سنة ١٩٩٥([١])، تم تعديل نص المادة ١٣٢/١ من تقنين الاستهلاك الفرنسى والتى جاء فيها أنه «فى العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، تعتبر شروطاً تعسفية الشروط التى يكون من شأنها أن تنشئ، ضد مصلحة غير المهنى أو المستهلك، تفاوتاً ظاهراً بين حقوق والتزامات طرفى العقد»([٢]).

ويبدو لأول وهلة أن نص المادة ١٣٢/١ لم يشر إلى معيار إساءة استعمال النفوذ الاقتصادى كعنصر لازم فى تحديد الشرط التعسفى. والسؤال الذى يطرح نفسه هو معرفة هل هذا يعنى أن المشرع الفرنسى أصبح يأخذ بمعيار وحيد فقط، وهو معيار عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات طرفى العقد، مستبعداً بذلك المعيار الشخصى المتمثل فى إساءة استعمال النفوذ الاقتصادى؟

= la loi pour définir une notion importante du droit de la consommation et représente le critère exclusive de cette notion".

([1])G. RAYMOND, Cammentaire de la loi n° 95-96 du 1er février 1995, Rev. conc. Cons., mars 1995, n° 55 et 56, p. 15.

([2])Donc, les clauses abusives se définissent comme étant celles "qui ont pour olyet ou pour effet de créer, au detriment du non-professionnel ou du consammateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat".

ذهب البعض إلى أنه بالرغم من أن المشرع الفرنسى لم يشر فى المادة ١/١٣٢ من تقنين الاستهلاك إلى هذا العنصر، إلا أن فكرة الشرط التعسفى لا تزال قائمة على العنصرين اللذين تم تحديدهما فى قانون ١٠ يناير ١٩٧٨([1]). وذلك لأن هذين العنصرين تربطهما علاقة سببية تامة بمقتضاها يُعد أحد العنصرين نتيجة ضرورية لوجود العنصر الأول. فالتفاوت الشديد بين التزامات الطرفين يأتى نتيجة لتعسف المهنى فى استعمال نفوذه الاقتصادى واستغلال ضعف المركز الاقتصادى للمستهلك([2]). وعلى ذلك فهؤلاء الفقهاء يشكون فى إمكانية وجود اختلاف من الناحية الواقعية بين الصيغة المستخدمة فى قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ وتلك الصيغة المستحدثة فى قانون الأول من فبراير ١٩٩٥([3]). أى أنهم يعتبرون أن عنصر إساءة استعمال النفوذ الاقتصادى لازال عنصراً جوهرياً فى تحديد الشروط التعسفية حتى بعد تعديل المادة ١/١٣٢([4]). كما أنهم يذهبون إلى أنه

([1])A. KARIMI, L'application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1er février 1995, JCP 1996, éd. G, I, 3918 n° 9 à 13; L. FIN-LANGER, op. cit., p. 137. "Le déséqulibre existe dans ce type de clause uniquement en raison d'un abus de puissance économique. Cette condition constitue un élément indispensable à la définition de la clause abusive".

([2])D. MAZEAUD, La loi du 1er février 1995 relative aux clauses abusives. Veritable réform ou simple réformette? Dr. et pat. Juin 1995, p. 42, n° 16 et 17.

([3])L. FIN-LANGER, op. cit., p. 136. "La doctrine doute cependant de l'existence d'une différence réelle entre cette formule et celle utilisée en 1978".

([4]) د/ حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية فى ==

يمكن النظر إلى عنصر عدم التوازن الظاهر بين الحقوق والالتزامات على أنه مرادف لمعيار الميزة المفرطة المستخدم فى قانون ١٠ يناير ١٩٧٨.

لكن من الناحية القانونية، لم يعد شرط إساءة استعمال النفوذ الاقتصادى مفروضاً من قبل المشرع، كما أصبح القضاة غير ملتزمين بفحص مدى توافر هذا العنصر، وبالتالى فغيابه أو عدم توافره لا يمنع من تكييف الشرط بأنه تعسفى طالما توافر شرط عدم التوازن فى الحقوق والواجبات بين طرفى العقد. ومن ناحية أخرى، فإنه لا يمكن القول بأن معيار الميزة المفرطة يتطابق مع معيار عدم التوازن الظاهر فى الحقوق والواجبات، لأن المعيار الأول يشوبه من الغموض وعدم التحديد ما يجعل هناك صعوبة فى تحديد حد الإفراط الذى يعتبر تجاوزه مكوناً ومسبباً لوجود الشرط التعسفى. وإلى جانب ذلك، أصبح تقدير الشرط التعسفى فى ظل معيار عدم التوازن بين الحقوق والواجبات، تقديراً موضوعياً، أى أن نظرة القاضى ترتكز على الشرط التعسفى نفسه وليس على المتعاقدين. وبمعنى آخر، فحسب نص المادة ١/١٣٢ من تقنين الاستهلاك الفرنسى، لا يشترط سوى ملاحظة عدم التوازن الظاهر فى الحقوق والالتزامات لطرفى العقد، دون أى تقدير لسلوك الأشخاص. ومن

== عقود الاستهلاك، دار الفكر العربى، ١٩٩٧، ص ٥٨. د/محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص١١٥. «على أننا نستحسن ما يراه البعض الآخر من أن فكرة الشرط التعسفى لا تزال تقوم على عنصرين هما: التعسف فى استعمال النفوذ الاقتصادى والتفاوت الظاهر بين التزامات الطرفين، ذلك أن هذين العنصرين تربطهما علاقة سببية تامة بمقتضاها يعد العنصر الثانى نتيجة طبيعية للعنصر الأول. فالتفاوت الشديد بين التزامات الطرفين يأتى نتيجة لتعسف المهنى فى استعمال نفوذه الاقتصادى واستغلال ضعف المركز الاقتصادى للمستهلك».

الجدير بالذكر أن التعريف الموضوعى للشرط التعسفى، دون استلزام البحث فى سلوك الأفراد، يمكن أن يؤدى إلى تحقيق الاستقرار القانونى، لكن ذلك مشروط بضرورة تعريف مفهوم التوازن العقدى([1]).

ثانياً: تعريف الشرط التعسفى فى بعض القوانين الأوروبية:

تبنت العديد من الدول الأوروبية معيار عدم التوازن فى الحقوق والالتزامات بين طرفى العقد عند تحديد المقصود بالشروط التعسفية. وهكذا تم تعريف هذه الشروط فى القانون البلجيكى والقانون الأسبانى والقانون الإيطالى:

ففى بلجيكا، عرفت المادة ٣١ من قانون ١٤ يوليو ١٩٩١ الشرط التعسفى بأنه يشمل «كل شرط يمكن أن يؤدى بمفرده أو بالتعاون مع شروط أخرى إلى خلق حالة من عدم التوازن الظاهر بين حقوق وواجبات الأفراد»([2]).

ومن جانبه أصدر المشرع الأسبانى قانون ١٩ يوليو ١٩٨٤ المعدل بالقانون ١٣ أبريل سنة ١٩٩٨ الذى ينص فى مادته العاشرة على أن

([1])L. FIN-LANGER, op. cit., p. 137. "La notion d'équilibre devra donc être définie pour donner une certaine sécurité juridique".

([2])P.H DELVAUX, Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge, in la protection de la partie faible dans les ropports contractuels, comparaison franco – belges, LGDJ, 1996, p. 96, n° 37., T. BOURGOIGNIE, La lutte contre les clauses abusives dans un cadre européen. L'expérience belge: "peut mieux faire", in colloque les 20 ans de la commission des clauses abusives, 29 mai 1998, chambéry, Rev. Conc. Cons. n° 105, p. 56.

المقصود بالشروط التعسفية «تلك الشروط الضارة بالمستهلكين والتي تعكس أسلوب عدم التكافؤ أو الملائمة، أو بأسلوب غير عادل، أو ما يؤدى إلى عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات لأطراف العقد».

وبدوره أصدر المشرع الإيطالى القانون الصادر فى ٦ فبراير ١٩٩٦ الذى عدل فى المواد ١٤٦٩ وما يليها من القانون المدنى الإيطالى، متبنياً معيار التوازن العقدى فى تعريف الشروط التعسفية([1]).

وأخيراً يمكن ملاحظة أو رصد بعض الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم اليونانية التى استخدمت فكرة عدم التوازن العقدى فى تعريف الشروط التعسفية([2]).

وهكذا استخدمت العديد من الدول الأوروبية معيار التوازن العقدى فى تعريف الشروط التعسفية، أى أن القانون الفرنسى وغيره من القوانين الأوروبية قد قاموا بتعريف هذه الشروط على ضوء مفهوم التوازن العقدى.

المطلب الثانى
تعريف الشروط التعسفية فى ظل نظرية العقود الاستهلاكية فى القانون المصرى

إن دراسة الوضع فى القانون المصرى فيما يتعلق بتعريف الشروط التعسفية فى ظل نظرية العقود الاستهلاكية، يستوجب البحث فى موقف المشرع فى قانون حماية المستهلك، حتى نستجلى

([1])G. ALPA et M. DASSIO, Les contrats de consommateurs et les modifications du code civil italien, RIDC 1997, p. 636 et 637.

([2])L. FIN-LANGER, op. cit., p. 138.

منهجه في وضع التعريف. فهل المشرع المصرى قد تبنى جملة معايير فى تحديد الشروط التعسفية، أم أنه اقتصر على وضع معيار واحد، وهو معيار التوازن العقدى على غرار المشرع الفرنسى؟

الواقع أنه بنظرة على قانون حماية المستهلك يتضح أن المشرع قد تبنى معيار واحد، وهو معيار التوازن العقدى. لكن الذى يمكن أن يلفت النظر هو أن جانب كبير من الفقه المصرى قد تعامل مع الشروط التعسفية فى تعريفها عن طريق الربط السببى بين عنصرين، أحدهما خارج عن العلاقة التعاقدية، وهو معيار النفوذ الاقتصادى، الأمر الذى يستوجب ضرورة تقييم هذا الاتجاه.

لذلك سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين كالآتى:

الفرع الأول : موقف المشرع المصرى من تعريف الشروط التعسفية فى قانون حماية المستهلك.

الفرع الثانى : تقييم موقف الفقه الذى تعامل فى تعريف الشروط التعسفية عن طريق سببى.

الفرع الأول
موقف المشرع المصرى من تعريف الشروط التعسفية فى قانون حماية المستهلك

ذكرنا أن القانون المدنى المصرى قد تعامل مع الشروط التعسفية بشكل غير مباشر من خلال نظرية الإذعان، فالقانون المدنى تعامل مع هذه الشروط من خلال التعامل مع مصدرها، وليس بالتركيز مباشرة على عناصر الشرط التعسفى الداخلة فى تكوينه. ولذلك أعطى القانون المدنى للقاضى سلطة تقديرية واسعة عند التعامل مع هذه الشروط ولم يقيده أو يضع له حدود سوى عن طريق فكرة العدالة.

فإذا كان هذا هو الحال فى القانون المدنى المصرى، فالسؤال

الذى يطرح نفسه هو معرفة الوضع فى ظل قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦؟

من الجدير بالذكر أن المادة العاشرة من قانون حماية المستهلك تنص على أنه «يقع باطلاً كل شرط يرد فى عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أى من التزاماته الواردة بهذا القانون»([1]).

إن التركيز فى هذا النص يجعلنا نرى بأن المشرع المصرى قد أخذ بمعيار عدم التوازن العقدى بين حقوق والتزامات الطرفين، كمعيار وحيد فى تعريف الشرط التعسفى. فظاهرة التوازن العقدى تعنى التكافؤ فى الحقوق والالتزامات بين طرفى العقد، فإذا قام المورد أو مقدم الخدمة بالتخلص من بعض التزاماته، فإن هذا يؤدى إلى عدم التكافؤ فى الالتزامات بين التاجر والمستهلك، الأمر الذى يجب أن يترتب عليه بطلان الشرط كما نصت المادة العاشرة([2]). أى أن هذا البطلان الجزئى ليس إلا نتيجة لعدم التوازن بين الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد الاستهلاك. فكون المشرع يقضى بالبطلان فى حالة تخلص المهنى من بعض التزاماته يعنى أن المشرع قد وضع على عاتقه التزاماً بحفظ التوازن العقدى مع المستهلك. وهو

([1]) نص المشروع حذف من نص مشروع الحكومة لفظ «أو أوراق» وعدل فى نص المشروع المقدم من الحكومة واللجنة ومجلس الشورى عبارة «إعفاء المورد من التزاماته» بعبارة «إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة».

([2]) وإلى جانب هذه الحماية المدنية للمستهلك ببطلان الشروط التعسفية التى يضعها المورد أو مقدم الخدمة فى العقد بقصد إعفائه من كل الالتزامات أو بعضها، قرر المشرع جزاءً جنائياً نصت عليه المادة ٢٤ بالغرامة التى لا تقل عن خمسة عشر ألف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه ومضاعفتها فى حالة العود مع عقاب المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتبارى بذات العقوبة فى حالة العلم ومسئولية الشخص الاعتبارى بالتضامن عن الوفاء.

أمر تقتضيه قواعد العدالة ويفرضه مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود. وهذا هو التفسير الوحيد المنطقى لنص المادة العاشرة من قانون حماية المستهلك «فهذا النص، إذ يقطع بأن الشرط يقع باطلاً إذا كان من شأنه إعفاء مورد السلعة أو مقدمة الخدمة من أى من التزاماته بمقتضى القانون، إنما يفيد بوضوح أن بطلان هذا الشرط لم يتقرر إلا لأنه ينشئ تفاوتاً ظاهراً، ضد مصلحة المستهلك، بين التزامات الطرفين، وذلك بإعفاء المهنى من التزاماته»([1]).

وبتطبيق ما عرضناه على موضوع الشروط التعسفية، فإن أفضل طريقة لتحديد الشروط التعسفية تحديداً دقيقاً هى تحديد المعيار الذى يكون همزة الوصل التى تربط هذه الشروط بما يقوم به المهنى من تضمين عقود الاستهلاك لشروط مجحفة. وبذلك نضمن زيادة قدرة مفهوم الشروط التعسفية على استقبال أكبر عدد ممكن من المواقف التى يتوافر فيها هذا الوصف. وعلى ذلك فتبنى معيار واحد محدد يكون أفضل وسيلة تضمن دقة تعريف الشروط التعسفية. وهذا يُعد أفضل من اللجوء إلى جملة من المعايير التى يمكن أن تتضارب فيما بينها، الأمر الذى قد يؤدى إلى عدم الأمان أو الاستقرار القانونى.

فعدم الانحياز لسياسة التعدد فى المعايير فى تحديد الشروط التعسفية بالذات لها ما يبررها. فنحن أمام فكرة حساسة يمكن أن

([1]) د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص ١٢٤. ويضيف سيادته أن «هذا النظر يتفق مع رؤية المشرع الفرنسى لفكرة الشرط التعسفى التى استقر عليها بعد تطور طويل. فقد رأينا أن المادة ١/١٣٢ من تقنين الاستهلاك الفرنسى لم تعد تتضمن إشارة إلى فكرة التعسف فى استعمال النفوذ الاقتصادى، وإنما اكتفت، بصدد تحديد مفهوم الشرط التعسفى، باقتضاء أن يكون الشرط من شأنه أن ينشئ تفاوتاً ظاهراً، ضد مصلحة المستهلك، بين حقوق والتزامات الطرفين».

يستغلها التاجر لأبعد الحدود ضد المستهلك كطرف ضعيف. ومثل هذه الأفكار تحتاج إلى تحديد دقيق، وهو ما يضمنه وجود معيار واحد محدد. وذلك على عكس بعض الأفكار المرنة التى يتركها المشرع متعمداً بدون تعريف، والتى يكون من الأنسب بشأنها تبنى سياسة تعدد المعايير. ونضرب لذلك مثالاً بما هو معروف فى القانون المدنى من تعمد المشرع أن يترك مجموعة من المبادئ والأفكار العامة بدون تعريف ملقياً بذلك المهمة على القضاء والفقه لتحديدها حرصاً منه على التجديد المستمر فى هذه الأفكار، لكى نستطيع استيعاب أكبر عدد ممكن من المواقف، مثل فكرة حسن النية والعدالة والتعسف فى استعمال الحق. أما فيما يتعلق بالشروط التعسفية، فإننا كما ذكرنا نرى أنها من الأفكار التى يجب أن تحدد بدقة عن طريق معيار واحد، وهذا ما يؤيده الغالبية العظمى من الفقه الفرنسى، لما له من مزايا يمكن سردها كالآتى:

أ - أن التحديد الدقيق عن طريق معيار واحد فقط يضمن عدم تحكم القاضى أو تماديه فى تفسير النصوص القانونية أو تكييفه للوقائع المستجدة.

ب - هذا التحديد يضمن عدم وجود عنصر المفاجأة فى تطبيق الفكرة المعرفة، وخاصة ما يتعلق بالشروط التعسفية كجزء من عقود الاستهلاك التى يبرمها كل فرد بصورة متكررة يومياً.

ج - إن هذا التحديد يضمن بساطة الحلول القانونية وعدم التعقيد الذى يمكن أن يأتى بنتائج عكسية على النظام القانونى. كما أن ذلك يؤدى إلى وحدة الحلول.

الفرع الثانى
تقييم موقف الفقه المصرى فى التعامل مع تعريف الشروط التعسفية

يرى الفقه المصرى أن تعريف الشروط التعسفية يجب أن يتم عن طريق عنصرين، الأول موضوعى والثانى شخصى، كما يجب أن يرتبط هذان العنصران بعلاقة سببية. كما يرى هؤلاء أن هذا الموقف أو هذا الرأى يمثل الرأى الراجح فى الفقه الفرنسى، «والرأى الراجح فى الفقه الفرنسى – ونحن معه – هو ما عرضناه فى البداية والذى يرى أن عنصرى الشرط التعسفى هما: التعسف فى استعمال القوة الاقتصادية للمهنى، وحصول المهنى بسبب هذا الشرط على ميزة مفرطة أو مجحفة بالمستهلك. وأن هذين العنصرين متحدين، وتربطهما علاقة سببية تامة، فالميزة المتجاوزة أو المفرطة التى يحصل عليها المهنى هى نتيجة للقوة الاقتصادية puissance économique التى يتمتع بها هذا الأخير. وهكذا، فإن أحد العنصرين يعد نتيجة طبيعية للعنصر الآخر»[1].

ونلاحظ أن الرأى السابق ينطلق من مقدمتين يستند عليهما، الأولى، تبنيه لمعيارين أحدهما موضوعى والآخر شخصى، المقدمة الثانية هى أن ما ينادى به هو الرأى الراجح فى الفقه الفرنسى. لكن الواقع أن دراسة الوضع فى القانون الفرنسى أثبت لنا، كما ذكرنا، أنه بعد قانون الأول من فبراير لسنة ١٩٩٥ أصبح الوضع مستقر على أن معيار عدم التوازن بين المتعاقدين فى الحقوق والالتزامات التى يرتبها العقد هو المعيار الأساسى المحدد للشروط التعسفية. فكما ذكرنا فإن الفقه الفرنسى يميل إلى التعامل المباشر

---

(1) د/حمد الله محمد حمد الله، حمية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص ٧٠.

مع الشروط التعسفية كظاهرة موضوعية دون البحث عن أسباب وجودها أو تطور نشأتها. أما عن تحديد الشروط التعسفية عن طريق البحث فى العلاقات السببية بين بعض العناصر، فإنه لا يتفق مع أسلوب ومنهجية التعامل المباشر مع الشروط التعسفية الذى يجب أن يكون هو التعامل السائد للوقاية منها.

الواقع أن المنهج الذى يتبعه الباحث القانونى لحل أى إشكالية قانونية، وبالتالى النتائج التى ينتهى إليها، تعتمد إلى حد كبير على طريقته فى وضع المشكلة، لذلك يجب أن نتساءل كيف وضع هذا الجانب الفقهى مشكلة تحديد وتعريف الشرط التعسفى؟

من الجدير بالذكر أن كل موضوع يمكن أن ينظر إليه من جهتين، الجهة الأولى تكون بالبحث فى الموضوع نفسه، أما الجهة الثانية فهى تتلخص فى البحث فى أسباب نشأة الموضوع وعلة تكوينه. والبحث الأول يكون على نحو تحليلى يتعلق بموضوع الظاهرة المراد بحثها نفسها دون البحث فى علة وجودها. أما البحث الثانى فهو يتعلق إما بعلاقات السببية أو بدراسة التطور التاريخى لوجود الظاهرة. فالبحث فى العلاقات السببية يتطابق مع البحث فى السوابق التاريخية أو المنهج التاريخى باعتبار أن كل منهما يسعى نحو تفسير وجود الأشياء، عن طريق البحث فى الأسباب السابقة على نشأتها. ويظهر من ذلك أن المشكلة التى يضعها من يبحث فى العلاقات السببية أو المنهج التاريخى تدور حول البحث فى الأسباب المؤدية إليها وكيفية حدوث الوقائع واستكشاف السوابق التى حددت ظهورها. وعلى ذلك فالتحليل السببى يمكن أن يساهم فى حل الإشكاليات القانونية التى تدور حول التساؤل الآتى: كيف يمكن تفسير سلوك التاجر الذى يُضمن العقد شروطاً تعسفية، وكيف يمكن تفسير نشأة الشروط التعسفية؟ وهذا التساؤل تكون

الإجابة عليه أن التاجر أو المهنى يتمتع بنفوذ اقتصادى يسئ استغلاله من أجل الحصول على مزايا مفرطة. ومن الواضح أن هذا الطرح هو بالضبط محصلة المعيارين الموضوعي والشخصى اللذان اعتمد عليهما الفقه فى تعريف الشروط التعسفية.

ويتدقيق النظر فى منهج هذا الجانب الفقهى، يتضح أن تعريف الشروط التعسفية عن طريق الربط السببى بين معيارين، أحدهما شخصى والآخر موضوعى، يتماثل مع منهج القانون المدنى فى التعامل مع بعض المشاكل القانونية. هذا الأسلوب يهدف إلى تفسير أسباب هذه المشاكل عن طريق ربطها ببعض العناصر الخارجية التى تتابع فى تسلسل سببى يفسر وجودها القانونى. فعلى سبيل المثال، نجد أن تحديد عناصر المسئولية التقصيرية تدور حول فكرة الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما. ويكون البحث فى وجود المسئولية التقصيرية لشخص ما دائراً حول تحديد سلوكه الخطأ الذى تسبب فى إحداث ضرر بالغير. وهذا المنهج يركز على سلوك الشخص الذى تسبب فى إحداث الضرر، أى تفسير سلوكه للتأكد من إمكانية إسناد ركن الخطأ إلى هذا السلوك تمهيداً لتوقيع الجزاء المدنى عليه. وعلى ذلك فتحديد بعض الظواهر القانونية عن طريق ربطها بعلاقات سببية يتناسب مع منطق القانون المدنى الذى يركز على الحماية العلاجية للطرف المضرور وليس على الحماية الوقائية. لكن السؤال الذى يطرح نفسه هو الآتى: هل قوانين حماية المستهلك تهدف لتوفير حماية علاجية أم أنها تسمى لتحقيق الوقاية للمستهلك من تعسف المهنى؟

أعتقد أن الإجابة على هذا التساؤل تمثل حجر الزاوية الذى يحدد منهجية البحث فى عناصر ومعايير الشروط التعسفية. فالبحث فى غاية المشرع يجب أن يتم قبل الحديث عن تحديد الشروط

التعسفية، أى أن الغاية هى التى تحدد بعد ذلك طريقة البحث فى كل المشاكل المتعلقة بهذا القانون ومنها مشكلة تعريف الشروط التعسفية. فإذا كان قوام ومحصلة المشاكل القانونية المطلوب حلها هو البحث عن حماية الطرف الضعيف، فإن تلك الغاية الحمائية والوقائية يجب أن تلقى بظلالها على تحديد منهج الباحث القانونى فى تعريف وتحديد المشاكل الجزئية المراد حلها، ومنها إشكالية تحديد وتعريف الشروط التعسفية. ولا شك أن قانون حماية المستهلك يهدف إلى حماية المستهلك كطرف ضعيف عن طريق الوسائل الوقائية والعلاجية. والدليل على ذلك أن المشرع أسند مهمة الفصل فى مدى توافر وصف التعسف فى هذه الشروط إلى سلطات إدارية تسعى نحو حماية المستهلك ووقايته من الشروط التعسفية، فبجانب سلطة قاضى الموضوع نص المشرع على دور هذه السلطات غير القضائية كما ورد فى تقنين الاستهلاك الفرنسى، الأمر الذى يجعلنا نقر باطمئنان أن المشرع يسعى لتحقيق الحماية الوقائية للمستهلك.

إن مثل هذه الغاية التشريعية لا يتناسب معها أسلوب القانون المدنى فى التعامل غير المباشر مع الشروط التعسفية، أى التعامل عن طريق علاقات السببية المفسرة للسلوك الإنسانى. وهو أسلوب يهمل التعامل المباشر والموضوعى مع معايير وعناصر هذه الشروط. ولا شك أن هذا المنهج الموضوعى هو الذى يحقق أو يساعد على تحقيق الحماية الوقائية للمستهلك، لأنه يؤدى إلى التركيز على العناصر الموضوعية فقط، الأمر الذى ينتج عنه تسليط الضوء والاهتمام على هذه العناصر دون البحث فى أسباب نشأة الشروط التعسفية أو علل وجودها. أعتقد أن مشكلة تحديد الشروط التعسفية لا تتلخص فى البحث فقط عن أسباب ظهورها، بل تدور حول التحليل الموضوعى

لهذه الشروط من حيث كونها معطيات واقعية كاملة، لا لكى نستكشف شروط الوجود، بل لإيجاد المبادئ والعناصر التى هى متضمنة فيها والتى تصنع وحدتها. أى أننا يجب أن نتعامل مع مشكلة تعريف وتحديد الشروط التعسفية، لا بمنهج من يقوم بتفسير السلوك، ولا بالبحث فى أسباب نشأة الشروط التعسفية، لكن بمنهج تحليلى موضوعى لعناصر هذه الشروط.

ولا يمكن الإدعاء بأن التعامل بأسلوب العلاقات السببية فى تعريف أفكار مثل الشروط التعسفية هو الرأى الراجح فى الفقه الفرنسى، لأن المشرع الفرنسى نفسه أصبح يتعامل بأسلوب مباشر فى معظم إن لم يكن فى كل الفروع القانونية ذات الغايات والأهداف الحمائية. أى أن هذا المنهج فى التعامل الموضوعى المباشر مع الشروط التعسفية يشكل جزء من منظومة كلية تتبنى نفس المنهج، الذى أصبح سائداً فى نطاق القوانين الخاصة التى تسعى نحو حماية أطراف ضعيفة. وعلى ذلك فوحدة النظام القانونى الفرنسى وسعى المشرع نحو ضمان تناغم فروعه يدللان بصورة لا يتسرب إليها أدنى شك إن أسلوب التعامل مع أفكار تقنين الاستهلاك، ومنها مفهوم الشروط التعسفية، يجب أن يتم عن طريق المنهج المباشر والموضوعى، كما هو الحال فى القوانين الأخرى. وللتدليل على صحة ما نقول يجب أن نلقى الضوء على بعض الأمثلة التى توضح أسلوب التعامل القانونى مع بعض الأفكار فى نطاق هذه القوانين الخاصة، وإلا كان ما نقوله مجرد إدعاءات أو عبارات مجانية لا تؤكدها حقائق واقعية.

والواقع أن القوانين الخاصة تتبنى هذا الأسلوب فى تحديد الأفكار كخطوة أولى تيسر للقاضى عملية التكييف القانونى لبعض المواقف العملية. ففى قانون العمل نجد هذا المنهج واضحاً

وجلياً فى حالة تقدير القاضى لتوافر وصف التعسف فى قرار رب العمل الذى يكون محله فصل عامل أو أكثر لأسباب شخصية أو تأديبية أو اقتصادية. فلقد مر التعامل مع قرار الإنهاء بمرحلتين، المرحلة الأولى كان يتم النظر فيها لقرار الإنهاء على أنه حق شخصى لرب العمل، يجب تقدير مشروعيته وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية، وخاصة معايير التعسف فى استعمال الحق. وعلى ذلك كان تقدير القاضى ينصب حول سلوك رب العمل والبحث عن دوافعه الشخصية ونواياه على ضوء نظرية التعسف فى استعمال الحق. ولا شك أن هذا البحث كان يتناسب معه التعامل بأسلوب علاقات السببية أو ما يمكن تسميته بالسببية القصديه، وذلك من أجل تقدير سلوك رب العمل([1]).

لكن المرحلة الثانية شهدت تغييراً كبيراً فى أسلوب قانون العمل فى التعامل مع قرار إنهاء علاقة العمل الذى أصبح يُنظر له على أنه تصرف قانونى صادر عن رب العمل. ومن هنا أصبح القاضى يقدر إنهاء علاقة العمل بعيداً عن اعتباره حق شخصى يمارسه رب العمل، بل كتصرف قانونى أو قرار يجب أن يمر ببعض الشروط الموضوعية والإجرائية التى تمثل ضمانات صدور قرار عادل. ومن الوسائل القانونية التى وضعها المشرع بين يدى قاضى الموضوع لتقدير مشروعية قرار الإنهاء ما يطلق عليه نظرية الدافع الحقيقى والجدى Le motif réel et sérieux التى تتميز باحتوائها على عناصر

([1]) فيما يتعلق بتفصيل هذا الموضوع وما يخصه من قائمة مراجع مفصلة، أنظر رسالتنا لنيل درجة الدكتوراه من فرنسا، والمتعلقة بموضوع الرقابة القضائية على إنهاء علاقات العمل لأسباب اقتصادية،

Le contrôle juridictionel des licenciements pour motifs économiques, thèse, Paris, 2004.

موضوعية يتم تقديرها بعيداً عن السلوك الشخصى لرب العمل([1]).

وإلى جانب المثال-السابق والمتعلق بقانون العمل، فإننا يمكن أن نلاحظ نفس المعالجة التشريعية فى مجال قانون البيئة الذى يسعى نحو الحماية الوقائية للعناصر الطبيعية. لذلك نلاحظ حدوث العديد من التعديلات فى قواعد المسئولية، وذلك لظهور مبدأ الاحتياطات البيئية وما أسفر عنه من تطور فى آليات قانون البيئة الذى أصبح يتميز بوجود الوسائل الوقائية وما تقتضيه من فرض التزامات على الشركات والأشخاص، من الالتزام بالسلامة والالتزام بالحيطة. وإلى جانب ظهور العديد من الالتزامات الجديدة، حدث تطور فى تناول وتحديد المفاهيم القانونية بحيث أصبح التعامل يتم فى شكل موضوعى ينصب على تحديد المبدأ الأساسى الذى يحكم الظاهرة المراد تحديدها، دون البحث فى سلوك الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى تسبب فى حدوث أضرار بيئية([2]).

وسيراً على نفس المنهج، نجد أن قوانين حماية المستهلك تهدف بدورها إلى وقاية المستهلك من تعسف المهنى الذى يفرض شروطاً مجحفة لا تخدم سوى مصالحه الشخصية. لذلك فالتعامل مع هذه الشروط فى تحديدها لا يجب أن يدور حول التعريفات غير المباشرة المفسرة لوجود هذه الشروط، التى لا تحتاج إلى تفسير، لأن العلاقة القانونية التى تتصف بعدم التوازن فى حقوق وواجبات أطرافها لابد وأن تفسر على أنها تحكم أحد الأطراف الذى يستغل نفوذه وقوته

([1])Ibrahim DAOÜD, Le contrôle juridictionel des licenciements pour motifs économiques, thése prèc.

([2]) انظر فى تفصيل هذا الموضوع وما يتعلق به من قائمة مراجع تفصيلية،

M. BOUTONNET, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, L.G.D.J., 2005.

فى فرض شروطه على الطرف الضعيف. أى أن وجود الشروط التعسفية فى عقود الاستهلاك لا يحتاج لتفسير عن طريق علاقات السببية، لأن وجودها معلوم بالضرورة دون حاجة للبحث أو الاستنباط، لكن ما يجب أن يدور التعريف حوله هو البحث عن المعيار أو المبدأ الذى يدخل كمكون أساسى داخل الشروط التعسفية، وهو كما ذكرنا معيار أو مبدأ عدم التوازن الظاهر فى الحقوق والالتزامات التى يرتبها العقد فى مواجهة أطرافه، كمعيار واحد ومحدد، كما نص على ذلك كل من المشرع الفرنسى والمشرع المصرى.

المبحث الثانى
الآثار المترتبة على التعامل المباشر
مع الشروط التعسفية فى العقود الاستهلاكية

إن البحث فى موضوع حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية لا يمكن أن يكتمل أو يؤتى ثماره المرجوة دون تحديد وبحث الآثار والنتائج المترتبة على التعامل المباشر مع هذه الشروط، وهو أمر يمكن أن يفيد البحث فى أكثر من نقطة:

الفائدة الأولى: أن الحديث عن الآثار الناجمة عن التعامل المباشر مع الشروط التعسفية يتيح لنا عقد مقارنة حقيقية بين نظريتى الإذعان والعقود الاستهلاكية فى التعامل مع هذه الشروط. وذلك لأن الحديث عن الآثار الناجمة عن تبنى أى من النظريتين يمثل حجر الزاوية فى تحديد مدى فاعلية كل منهما فى الذود عن المستهلك ضد الشروط التعسفية.

الفائدة الثانية: تكمن هذه الفائدة من أن بحث الآثار المترتبة على التعامل المباشر مع الشروط التعسفية فى ضوء القانون الفرنسى، سيمكننا من رؤية نقاط الضعف والمناطق المكشوفة من الحماية فى قانون الاستهلاك المصرى. وهذا يمثل جوهر وأساس الدراسة المقارنة التى تضئ لنا الطريق لمعرفة الحلول التى تم تبنيها من قبل تشريعات أخرى، لكى نأخذ منها ما يمكن تطبيقه فى القانون المصرى ثم نطرح ونستبعد الحلول الغير ملائمة للتطبيق.

وحرصاً على تحقيق تلك الفائدتين معاً، اخترت خطة، فى هذا المبحث، تؤدى إلى تحقيق هذا الهدف. لذلك قمت بتخصيص المطلب الأول لبحث الآثار الإيجابية الناجمة عن التعامل مع الشروط التعسفية فى القانون الفرنسى، ثم خصصت المطلب الثانى لتقييم هذه الآثار ولتحديد إمكانية تطبيق بعض الحلول على القانون المصرى.

المطلب الأول
الآثار المترتبة على التعامل المباشر مع الشروط التعسفية فى العقود الاستهلاكية فى القانون الفرنسى

لعب التعامل المباشر مع الشروط التعسفية دوراً معروفاً فى نطاق حماية المستهلك، حيث أسفر عن توسيع نطاق الحماية. فبعد أن كان هذا النطاق قاصراً على عقود الإذعان، كما هو معروف فى القانون المدنى، فإن قانون حماية المستهلك مد نطاق الحماية إلى جميع العقود التى يكون المستهلك طرفاً فيها دون التوقف عند نوع معين من العقود.

وإلى جانب توسيع نطاق الحماية، فإن المعالجة المباشرة للشروط التعسفية أدى إلى تنوع وتعدد الوسائل التى تحدد الشروط التعسفية، الأمر الذى يمهد لاستبعادها من العقد. ولا شك أنه كلما تنوعت وتعددت وسائل التحديد، كلما اتسعت أسباب منع وحظر الشروط التعسفية، بحيث يفيد كل هذا فى النهاية فى إبتكار العديد من الوسائل الوقائية والتقنية الخادمة لهدف المشرع فى توفير حماية فعالة للمستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية.

وبناء على ذلك يكون تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول : توسيع نطاق حماية المستهلك كأحد أهم الآثار المترتبة على التعامل المباشر مع الشروط التعسفية.

الفرع الثانى: تنوع أساليب تعيين وتحديد الشروط التعسفية كأثر من آثار التعامل المباشر مع الشروط التعسفية.

الفرع الأول
توسيع نطاق حماية المستهلك
كأثر من آثار التعامل المباشر
مع الشروط التعسفية

تتجسد اهم عيوب نظرية عقود الإذعان فى أن نطاق الحماية التى توفره للمستهلك يعتبر ضيقاً، ويرجع ذلك لعدة أسباب يمكن التذكير بها كالآتى:

١- أن نظرية عقود الإذعان لا تتناول إلا مظهراً واحداً فقط من مظاهر الضعف التى يمكن أن تصيب الطرف الضعيف. هذا المظهر يتمثل فى الضعف الاقتصادى، أى ذلك الضعف الناجم عن استغلال النفوذ الاقتصادى من قبل المهنى أو المحترف فى مواجهة المستهلك كطرف مذعن. لكن من الجدير بالذكر أن النفوذ الاقتصادى لم يعد قادراً على الإلمام بكل مظاهر وأسباب الضعف التى تصيب المستهلك، لأن مظاهر وصور الضعف قد تعددت وأصبحت تشمل حالات أخرى، مثل الضعف المعرفى الناجم عن جهل المستهلك أو نقص خبرته. وليس من شك أن هذا المظهر يتبوأ الآن مكانة بارزة ضمن مظاهر ضعف المستهلك، خاصة بعد تقدم وتطور الوسائل التكنولوجية وبعد ما أفرزته المعلوماتية من هوة سحيقة بين إمكانيات التاجر وإمكانيات المستهلك. وعلى ذلك تبدو نظرية عقود الإذعان قاصرة عن استيعاب كل مظاهر الضعف. فبالرغم من أن عقود الإذعان تحتل مساحة كبيرة من العلاقات التعاقدية التى يختل فيها التوازن بين أطراف العقد من حيث القدرة والخبرة، إلا أن هذه العلاقات التعاقدية ليست كلها عقود إذعان([1]).

([1]) د/حسن عبد الباسط جميعى، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص ١٠٢.

٢- وإلى جانب عدم قدرة نظرية عقود الإذعان عن استيعاب كل صور الضعف، فإنها غير قادرة على تقديم الحماية للمستهلك فى كل مراحل التعاقد. فهى لا تقدم للمستهلك سوى حماية محددة أثناء تنفيذ العقد فقط. أى أن نظرية عقود الإذعان تبدو عاجزة عن تقديم الحماية للمستهلك فى مرحلة تكوين العقد، وهى المرحلة التى يظهر فيها جلياً أثر نقص خبرة وجهل المستهلك الذى يخل بقدرته على اتخاذ قرار مستنير. «ويدعم سلامة هذا التحليل أن مظاهر الحماية القانونية التى توفرها نظرية عقود الإذعان للطرف المذعن تتركز فى جانبين: **أولهما** أنه يجوز للقاضى، إذا تضمن العقد شروطاً تعسفية، أن يعدل هذه الشروط ..... **وثانيهما**، أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى هذه العقود ضاراً بمصلحة الطرف المذعن، دائناً كان أم مديناً. وغنى عن البيان أن هذه الحماية تأتى فى مرحلة تنفيذ العقد لا تكوينه»([1]).

٣- إن حماية المستهلك ضد الشروط التعسفية فى إطار نظرية عقود الإذعان أسفر عن عدم الإحاطة بكل المسائل التفصيلية المتعلقة بمظاهر ضعف المستهلك، وذلك لأن هذه النظرية لا تعالج سوى الأثر المترتب على ضعف المركز الاقتصادى للمستهلك، باعتبار أن ضعف المستهلك أو زيادة النفوذ الاقتصادى للتاجر يؤدى حتماً إلى وجود هذه الشروط. وهذا هو جوهر المعالجة غير المباشرة للشروط التعسفية، وهى معالجة قانونية تتشتت فى البحث عن الأسباب والنتائج، وهو أمر يحول دون التركيز مباشرة على عناصر الشروط التعسفية وطرق الوقاية منها.

وبناء على ذلك ذهب غالبية الفقه إلى عدم كفاية التشريعات

([1]) د/محمد حسن عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف فى الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص ٨٦.

المدنية وما تحتويه من أحكام تتعلق بالحماية ضد الشروط التعسفية. فإذا كان المشرع المصرى قد أعطى للقضاء سلطات واسعة تتيح له التدخل لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان، إلا أنه لم يقرر أى حماية مماثلة لما قررته تشريعات الدول المتقدمة فى مواجهة الأنواع الأخرى من العقود، وخاصة عقود الاستهلاك. ومن جانبه «عجز القضاء المصرى عن توفير الحماية الكافية للأطراف ذات القدرة والخبرة المتواضعة مع باقى أنواع العقود، ولم يكن من الممكن بطبيعة الحال الاستناد لتوفير هذه الحماية إلى نص المادة ١٤٩ الذى يجب أن يقتصر تطبيقه على عقود الإذعان([1]).

لكل هذه الأسباب أصبح من الملائم البحث فى المحاولات التشريعية التى قامت بها الدول الأوروبية للتخفيف أو لإعادة التوازن فى الحقوق والالتزامات التى يرتبها عقد الاستهلاك فى مواجهة المهنى والمستهلك، وكذلك لتوسيع نطاق الحماية للمستهلك([2]). ومن الجدير بالذكر أن هذا التوسع فى الحماية اقتضى خضوع المستهلك لنظرية جديدة تشمل كل العقود الاستهلاكية، الأمر الذى يترتب عليه إضافة حلول جديدة إلى جانب الحلول التقليدية المنبثقة من النظرية العامة للعقود، وهذه الحلول تدور بطبيعة الحال حول العديد من الوسائل الوقائية التى تمنع المحترف من فرض إرادته وشروطه المجحفة على المستهلك.

ولقد ترتب على حلول نظرية العقود الاستهلاكية محل نظرية عقود الإذعان العديد من النتائج التى كان لها تأثير كبير على توفير

([1]) د/حسن عبد الباسط جميعى، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص ٥٤٩.

([2]) د/حسن عبد الباسط جميعى، البحث السابق؛ ص ٥٤٩؛ د/محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص٨٧.

حماية متكاملة للمستهلك. ويمكن أن نستعرض بعض هذه النتائج على النحو التالى:

- لقد ترتب على تبنى نظرية العقود الاستهلاكية أن الحماية المقدمة للمستهلك لم تعد قاصرة فقط على الحماية أثناء مرحلة تنفيذ العقد كما كان الوضع الثابت فى كنف نظرية عقود الإذعان، بل لقد أصبح المستهلك له الحق فى الاستفادة من الحماية القانونية أثناء مرحلة تكوين الرضا الذى قد يمكن ألا يكون سليماً بسبب الجهل وعدم الخبرة الذى يصيب المستهلك. ولا شك أن توفير الحماية للمستهلك فى مرحلة تكوين العقد يمثل أهمية كبرى له، لأنها تقيه من الضعف المعرفى الذى يترتب عليه نتائج وخيمة تنصب على قراره الاستهلاكى. فتأتى الوسائل الحمائية التى تقدمها نظرية العقود الاستهلاكية لتكون بمثابة الأدوات والآليات القانونية التى تكفل رضاء المستهلك رضاءً مستنيراً([1]).

- إن التعامل المباشر مع الشروط التعسفية ترتب عليه تسليط الضوء بشكل مكثف على هذه الشروط، بشكل أكثر تفصيلاً عن منهج المعالجة القانونية الناتج عن نظرية عقود الإذعان. وقد كان قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ ممثلاً للمرحلة الأهم على طريق تكوين تقنين الاستهلاك الفرنسى. وقد اهتم هذا القانون بتحديد المسائل التفصيلية المتعلقة بالشروط التعسفية، مثل تحديد المقصود به، وكذلك عناصره ونطاق وأساليب تعيينه. ويعتبر قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ خطوة غير مسبوقة فى القانون الفرنسى الذى فضل التعامل المباشر مع الشروط التعسفية. ومن الجدير بالذكر أن هذا القانون يمثل، كما ذكرنا، الخطوة الأولى فى بناء نظام قانونى متكامل أو نظرية عامة لعقود الاستهلاك. فتقنين الاستهلاك لم يولد فجأة بدون

([1]) د/محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص ٨٨.

مقدمات، ولكنه مر بسلسلة من الحلقات التى تحتوى كل منها على نصوص تتعلق بموضوع معين يخدم مصالح المستهلك كطرف ضعيف ويتجرد من كل وسائل الحماية. لذلك ذهب الفقه الفرنسى – وبحق – إلى أن قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ يمثل البداية الحقيقية وحجز الزاوية الذى يدور حوله وجود تقنين الاستهلاك فيما بعد. فليس من شك أنه لا يمكن تصور وجود قانون يصدر بدون مقدمات حقيقية وعلامات تدل على نية المشرع فى تبنى نصوص تشريعية حمائية تتعلق بطائفة معينة يتوافر فيها أحد أوصاف أو مظاهر الضعف الذى يستحق الحماية. فمن الجدير بالذكر أنه وإن كانت هناك العديد من العلامات التى سبقت تقنين الاستهلاك، لكن يعتبر قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ بمنع الشروط التعسفية من العلامات المضيئة التى ركز الفقه على أهميتها ودورها كمرحلة هامة مهدت لخلق نظام قانونى متكامل يسعى نحو توفير حماية متكاملة للمستهلك(1).

وإلى جانب دور قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ كخطوة هامة فى تشييد تقنين الاستهلاك الفرنسى، فإن نصوص تحريم الشروط التعسفية يمثل إثباتاً حقيقياً لعدم الربط بين عقود الاستهلاك وعقود الإذعان. فمن الجدير بالذكر أنه إذا كان الغالب أن ظاهرة عدم التوازن أو عدم التكافؤ بين المتعاقدين تظهر جلياً عندما نكون بصدد عقد

(1)D. BERTHIAU, Le principe d'égalité et le droit civil des contrats, L.G.D.J., 1999, p. 142.

وحسب رأى هذا المؤلف، فإن تنظيم الشروط التعسفية عن طريق قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ يعتبر – وبحق – المفتاح لقانون الاستهلاك.

"La réglementation des clauses abusives par la loi de 10 janvier 1978 a été présentée, à juse titre, comme une clef du droit de la consummation".

إذعان، إلا أن الأمر الثابت عملياً بشكل لا يتسرب إليه أدنى شك أن ظاهرة عدم التوازن تظهر أيضاً بشكل أكثر وضوحاً فى ظل عقود غير عقود الإذعان، أى عقود تبرم بين متكافئين. الأمر الذى يترتب عليه القول أن تكوين نظام قانونى لعقود الاستهلاك لا يمكن أن يتم اختزاله فى عقود الإذعان فقط. وبذلك فبتبنى النصوص القانونية التى تحظر وتحرم الشروط التعسفية، يكون المشرع الفرنسى قد أراد الا يحصر محاربة الشروط التعسفية فى نطاق عقود الإذعان فقط، الأمر الذى يعكس منهجية وسياسة تشريعية تهدف إلى توسيع مجال حماية المستهلك. وعلى ذلك يعتبر هذا القانون خطوة هامة فى مجال متابعة الشروط التعسفية فى فرنسا «حيث خصصت المادة ٣٥ لبيان أن حظر الشروط التعسفية لا يتعلق بعقد معين وإنما يغطى كافة أنواع العقود التى يتم إبرامها بين محترف ومستهلك أو مع غير المحترف أياً من كان»([1]).

لذلك وفى ظل تصاعد الرغبة التشريعية فى توفير الحماية للمستهلكين فى معظم دول العالم، فإننا نجد أن معظم هذه الدول أصبحت تتدخل بشكل مباشر لحظر بعض الشروط التعسفية التى تبدو كذلك من خلال البحث المباشر فى عناصرها المكونة لها. ولا شك أن هذا الأسلوب فى تحديد الشروط التعسفية، التى يحظر على المحترف النص عليها، يمثل ضمانة حقيقية لحماية المستهلك. وهذا يظهر جلياً عندما نتحدث بالتفصيل عن أساليب تحديد الشروط التعسفية.

([1]) د/حسن عبد الباسط جميعى، البحث السابق ذكره، ص ٢٦٢.

الفرع الثانى
تنوع أساليب تعيين وتحديد الشروط التعسفية
كأثر من آثار التعامل المباشر
مع الشروط التعسفية

يعتبر تعدد وتنوع الوسائل والطرق المستخدمة فى تحديد الشروط التعسفية من أهم النتائج الإيجابية المترتبة على التعامل المباشر مع الشروط التعسفية. فعدم اختزال هذه الطرق فى أسلوب واحد يمثل ميزة كبيرة للمستهلك على طريق حمايته، كما أن تعدد هذه الأساليب يؤدى إلى تفادى العيوب والانتقادات التى يمكن توجيهها لحدها. بمعنى أن الانتقادات التى يتعرض لها أحد أساليب التحديد يمكن أن تُخفف إذا نظرنا إلى المزايا التى يحتويها أسلوب آخر، لأن العلاقة بينها علاقة تكاملية. هذه العلاقة التكاملية بين أساليب التحديد تعتبر ذات هدف مشترك يتمثل فى استبعاد أكبر قدر ممكن من الشروط التعسفية. وقد راعى المشرع الفرنسى عدم التضارب بين هذه الأساليب، وذلك عن طريق التنوع فى درجة إلزام كل أسلوب. فهناك أساليب تحدد الشروط بشكل ملزم، وأساليب أخرى غير ملزمة. ويعتبر هذا المسلك التشريعى مسلكاً محموداً منعاً لحدوث أى تضارب، لأن الملزم يستبعد غير الملزم فى حالة التضارب. ولذلك سنرى أن توصيات لجنة الشروط التعسفية لا تتمتع بقوة ملزمة مثل المرسوم الصادر من مجلس الدولة أو أحكام القضاء. وإن كان الواقع العملى يؤكد أن الوضع فى القانون الفرنسى يعكس علاقة تناغم وتكامل، ويبدو ذلك جلياً إذا علمنا مدى اهتمام المشرع والقضاء والحكومة بالتوصيات الصادرة من لجنة الشروط التعسفية، حيث تحاول هذه الجهات الاستفادة من توصيات اللجنة، بشكل يجعل هذه التوصيات تتمتع بقيمة قانونية كبيرة.

وحرصاً منا على تفصيل وتحليل هذه الأساليب، سنقوم بالحديث عن كل أسلوب، بشكل مستقل، وذلك على النحو التالى:

أولاً : التحديد الإلزامى للشروط التعسفية :

يكون التحديد الإلزامى للشروط التعسفية عن طريق مرسوم يصدر من مجلس الدولة، بعد أخذ رأى لجنة الشروط التعسفية. وهذا ما نصت عليه المادة ١/١٣٢ من تقنين الاستهلاك الفرنسى. وهو يقارب ما نصت عليه المادة ١/٣٥ من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨، والتى قضت بأنه يمكن للشروط التعسفية أن تحدد بواسطة مراسيم تصدرها الحكومة بعد التصديق على ذلك من قبل مجلس الدولة ولجنة الشروط التعسفية. ولقد شبه بعض الفقهاء هذا الأسلوب بما هو مُتبع فى القانون الألمانى الذى تبنى نظام «القائمة السوداء» التى شملت تحديداً إلزامياً للشروط التعسفية، لكن يأسف هؤلاء الفقهاء من عدم التوسع فى إصدار المراسيم وعدم تضمينها لأنواع من الشروط التعسفية المحددة بشكل ملزم.

"Cette première list – que d'auccens ont comparé à la list "noire" en vigueur en Allemagne depuis la loi du 9 décembre 1976 sur les conditions générales d'affaires – brille cependant par sa concision puisque, depuis 1978, un seul décret a été pris"([1]).

([1])N. RZEPECKI, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, PUAM, 2002, p. 166; G. BERLIOZ, Droit de la consommation et droit des contrats, J.C.P. 1979, I, 2954; G. PLISANT, De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives, D. 1985, chron., p.299; J. HUET, Pour un contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire, D. 1993, chron. P. 331; VLASBORDES; Les contrats déséquilibrés, PUAM, 2000, p. 432.

إذن مجلس الدولة الفرنسى لم يصدر سوى مرسوم واحد، وهو المرسوم الذى يحمل رقم ٤٦٤ لسنة ١٩٧٨ الصادر فى ٢٤ مارس ١٩٧٨. ولم ينص هذا المرسوم سوى على خطر ثلاث أنواع من الشروط التعسفية، وهى :

١- الشروط المعفية أو المحددة لمسئولية المهنى فى عقود البيع، مع استبعاد عقود الخدمات (م٢)([1]).

٢- الشروط التى تعطى للمهنى الحق فى أن ينفرد وحده بتحديد خصائص السلعة أو الخدمة المطلوبة (م٣)([2]).

٣- شروط الضمان التعاقدى التى لا تنص على وجود الضمان القانونى للعيوب الخفية، الذى تنص عليه المادة ١٦٤١ من القانون المدنى الفرنسى([3]).

ويترتب على هذا التحديد الإلزامى عن طريق المراسيم الصادرة

([1])L'article 2 interdit, dans le contrat de vente "La clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non- professionnel au consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations".

([2])Sans limiter au contrat de vente, l'article 3 du décret de 1978 interdit la clause par laquelle le professionnel se réserve le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre.

([3])L'article 4 concerne la clause par laquelle le professionnel limiterait ou exclurait la garantie légale dont il est débiteur au cas de défauts de conformité ou de vice cachés de la chose vendue. Cet article oblige le professionnel, qui offer une garantie contractuelle particulière, à rappeler clairement que la garantie légale s'applique en tout état de cause.

من مجلس الدولة نتيجة منطقية مفادها أن السلطة التقديرية للقاضى تضيق وتُحدد إزاء هذه الشروط. وعلى ذلك تصبح الكلمة الفاصلة فى تحديد الشروط التعسفية للمرسوم الصادر من مجلس الدولة، وذلك إذا نص على بعض هذه الشروط. فعندئذ يصبح دور القاضى كاشفاً للشروط التعسفية وليس منشئاً لها. ويعتبر ذلك أفضل طريقة لإزالة التضارب أو التعارض بين الجهات صاحبة الاختصاص فى تحديد الشروط التعسفية، فهذا التدرج الهرمى يمثل أفضل طريقة تضمن التناغم والانسجام بين الحلول المتبناه من قبل كل مصدر. لكن السؤال الذى طرح نفسه بشدة هو معرفة هل اختصاص مجلس الدولة بإصدار المراسيم المحددة للشروط التعسفية المحظورة يترتب عليه القول، بصفة عامة، أن دور القضاء الفرنسى فى تقدير هذه الشروط التعسفية أصبح منعدماً، ولم يبق لها سوى النطق بالبطلان للشروط المعلن أنها تعسفية؟

الواقع أن القانون الفرنسى ظهر فيه اتجاهان، الأول مضيق، ويرى أن المشرع قد أعطى سلطة تحديد الشروط التعسفية لجهة الإدارة فقط، عن طريق المراسيم التى يصدق عليها مجلس الدولة. لكن الواقع العملى أثبت صعوبة الاستجابة لهذا الرأى الذى هجره الفقه والقضاء متبنين رأياً ثانياً موسعاً يستجيب للضرورات العملية. هذا الرأى ينطلق من مقدمة مفادها احتفاظ القضاء بسلطته فى تقدير الشروط التعسفية، حتى وإن تم تضييقها فى حالة إصدار المراسيم من مجلس الدولة([1]).

([1])J. GHESTIN, Les clauses abusives dans les contrat-types en France et en Europe, Acte de la table rendue du 12 décembre 1990, sous la direction de J. GHESTIN, Droits des affaires, L.G.D.J, 1990, p. 123, D.MAZEAUD, Le suge face aux =

والواقع أن هذا الرأى أولى بالتأييد لعدة أسباب:

١- أنه لا يوجد نص صريح يقضى بحرمان القضاء الفرنسى من ممارسة سلطته فى تقدير الشروط التعسفية.

٢- ما يؤكد ذلك أيضاً من الناحية القانونية أن نظام القائمة الذى أخذ به المشرع الفرنسى يدل بشكل لا يتسرب إليه أدنى شك، كما سنوضح، أن المشرع أراد استبقاء سلطة القضاء كاملة فى تقدير الشروط التعسفية. فالمدقق فى مسلك المشرع يستطيع أن يستنبط، وإن كان بشكل غير مباشر، أن المشرع أراد تقوية وتوسيع سلطة القاضى فى تقدير الشروط التعسفية

"En fait, le seul intérêt de cette list de clauses est de confirmer, et encore de manière indirecte, le pouvoir que se sont audacieusement octroyés les tribunaux de déclarer une clause abusive, alors qu'elle n'a pas été préalablement interdite par décret"([1]).

٣- وبالإضافة إلى الحجج القانونية السابق ذكرها، فإن هناك حجج عملية تؤكد ضرورة الإبقاء على السلطة التقديرية للقاضى فى تحديد الشروط التعسفية. فبالرغم من أهمية دور الإدارة فى تحديد الشروط التعسفية، إلا أن الواقع يؤكد أنها لا تستطيع

= clauses abusives, in, le juge et l'exécution du contrat, actes du colloque de l'institut de droits des affaires de l'université d'Aix – en. Provence, P.U. Aaix-Marseille 1993, p. 23 et et s; L. BIHL, la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur, J.C.P. 1978, I, 2909.

([1])N. RZEPECKI, Droit de la consommation et théorie générale du contrat op. cit., P. 167; J. HUET, Pour un contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire, D.1993, chron., p. 331.

الإلمام بكل أنواع الشروط المجحفة. فالمراسيم الصادرة من الحكومة لم تجاوز الواحد فقط، وليس من شك أن المحترف لا يتوقف عن ابتكار الشروط التعسفية التى يضمنها فى العقود المبرمة مع المستهلك. هذا الواقع يؤكد أن المستهلك يكون دائماً فى حاجة ماسة لدور القاضى فى تقدير واستبعاد الشروط التعسفية التى لا تتبناها المراسيم الصادرة من الحكومة. واستجابة لهذه التطورات استشعر المشرع الفرنسى أهمية الاعتراف للقاضى بتقدير وجود الصفة التعسفية للشرط فى العقود محل المنازعات التى تعرض عليه.

والخلاصة أن سلطة القاضى التقديرية تضيق وتتقلص إزاء الشروط التعسفية التى تم النص عليها فى المرسوم الصادر من الحكومة بعد التصديق عليه من مجلس الدولة، حيث أن دور القاضى كاشفاً لحالة التعسف وليس منشئاً. أما فى الحالات أو الشروط الأخرى التى لم تقم الإدارة بالتصدى لها وتحديدها، يبقى الاختصاص الأصيل والملزم للقاضى باعتباره حصناً يلجأ إليه كل ضعيف، فى حالة عدم نقل الاختصاص إلى جهات أخرى بنص صريح يقضى بشكل لا يتسرب إليه أدنى شك أن المشرع يفوض هذه الجهة فى التصدى والتحديد.

ثانياً: تحديد الشروط التعسفية عن طريق نظام القائمة :

يعتبر نظام القائمة من أهم الأساليب التى يتبناها المشرع عند وضع تقنين خاص لقانون الاستهلاك. ويتمثل أسلوب القائمة فى إعداد قوائم تتضمن تعداداً للشروط التى تعتبر شروطاً تعسفية. ويقوم هذا الأسلوب على «افتراض الطابع التعسفى فى الشروط المدرجة بالقائمة، وهذا الافتراض قد يكون بسيطاً يجوز نفيه وقد يكون قطعياً بحيث لا يجوز دحضه»([1]). وعلى ذلك تتنوع وتتعدد أشكال

([1]) د/محمد حسين عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف فى الرابطة العقدية، بحث سبق الإشارة إليه، ص ١١٨.

نظام القائمة، فهناك نظام القائمة السوداء "La liste noires"، كما أن هناك نظام آخر يسمى بنظام القائمة الرمادية " La liste grise"، وهو أمر يحتاج لبعض التفصيل.

فيما يتعلق بنظام القائمة السوداء، وهو نظام معمول به فى القانون الألمانى، نجد أن القائمة تحتوى على شروط يفترض فيها أنها تعسفية، إذن هناك قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس تقضى بتعسف أى شرط من الشروط الواردة فى القائمة فى حالة إدراجه فى أحد عقود الاستهلاك. هذه القائمة تحتوى على شروط محددة على سبيل الحصر. وإلى جانب ذلك يعتبر الشرط باطلاً دون حاجة لتقدير القاضى الذى يكون دوره كاشفاً، فالشرط يصبح باطلاً بمجرد اندراجه فى القائمة السوداء، ولا يجوز للمهنى أن يدعى أنه يمكن إثبات عكسه.

لكن المشرع الفرنسى لم يأخذ فى تقنين الاستهلاك بنظام القائمة السوداء، لكن البعض قد قام بالتقريب بين نظام القائمة السوداء المعمول به فى القانون الألمانى، وبين نظام التحديد الإلزامى عن طريق المراسيم الصادرة من الحكومة فى القانون الفرنسى، فكلاهما يحتوى على تحديداً إلزامياً بطريق قطعى، ولا يعطى أى فرصة للمهنى لإثبات العكس، كما تتقيد فيه السلطة التقديرية للقاضى([1]).

([1])A. RIEG, La lutte contre les clauses abusives des contrats (Esquisse comparative des solution allemonde et française), Études R. RODIERE, 1981, p. 221; M. FORMONT, La transposition de la directive communautaire sur les clauses abusives par le législateur allemande, D. Affaires 1997, p. 1105; N. RZEPECKI, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, op. cit., p. 167.

وإلى جانب نظام القائمة السوداء، هناك نظام القائمة الرمادى، وفيه يضع المشرع قائمة تضم مجموعة من الشروط التى يفترض فيها أنها تعسفية، بشرط ألا يقوم المهنى بإثبات عكس ذلك، أى لا يقيم الدليل على انتفاء الطابع التعسفى عن هذه الشروط المدرجة بالعقد، حتى ولو كانت مما تضمنته القائمة. وتفسير ذلك يكمن فى أن هذه القائمة تعتبر قائمة إرشادية تضم مجموعة من الشروط الواردة على سبيل المثال والتى تصاحبها قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها(1). فإذا أثبت المهنى عدم توافر وصف التعسف فى الشرط، فإنه لا يعتبر تعسفياً حتى ولو كان وارداً فى القائمة الإرشادية. لكن السؤال الذى يطرح نفسه هو معرفة هل تقنين الاستهلاك الفرنسى قد أخذ بنظام القائمة الرمادية؟

من الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسى قد تبنى نظام القائمة الإرشادية نقلاً عن المرسوم الأوروبى الصادر سنة ١٩٩٣، وأكثر من ذلك فإنه قام بنقل الشروط المدرجة فى المرسوم الأوروبى، كما يظهر ذلك من نص المادة ١/١٣٢ من تقنين الاستهلاك الفرنسى التى نصت على أن «ثمة ملحق بهذا التقنين يشتمل على قائمة استرشادية لا حصرية بالشروط التى يمكن اعتبارها تعسفية إذا توافر فيها الشروط الواردة بالفقرة الأولى».

لكن المشرع الفرنسى إذا كان قد تبنى هذه القائمة

---

(1)N. RZEPECKI, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, op. cit., p. 167. L'auteur dit qu:

"Une liste dite «grise» de clause abusives, c'est-à-dire une liste de clauses sur lesquelles aurait pesé une présomption d'abus, sous réserve de la preuve contraire par les professionnels".

الإرشادية، إلا أنه اشترط أن يقوم المستهلك بإثبات أن الشرط المدرج فى عقد الاستهلاك يشوبه وصف التعسف، أى يجب عليه أن يقدم الدليل على توافر هذا الوصف، وأن هذا الشرط يؤدى إلى اختلال أو عدم توازن فى الحقوق والالتزامات التى يرتبها العقد فى مواجهة أطرافه. وهذا يعنى أن هناك اختلاف بين أسلوب ونظام القائمة الرمادية التى تضع قرينة بسيطة على أن الشرط تعسفى، ما لم يثبت المهنى عكس ذلك، وبين نظام القائمة التى تبناها المشرع الفرنسى الذى اشترط قيام المستهلك بإثبات توافر وصف التعسف فى الشرط الوارد فى القائمة. لذلك يرى جانب من الفقه أن المشرع الفرنسى لم يأخذ بنظام القائمة الرمادية "La liste grise" وإنما أخذ بنظام آخر أطلقوا عليه نظام القائمة البيضاء "La liste blanche".

"Le droit français ne prévoit qu'une liste blanche, les clauses visées en annexe de l'article L.132-1 n'étant abusive qu' à condition que le consommateur apport la preuve de ce qu'elles entrainent un déséquilibre significatif des droits et obligations des parties"([1]).

ولقد ترتب على ما سبق ذكره أن ذهب البعض إلى أنه «ليس لهذه القائمة قيمة قانونية، وما هى إلا وسيلة للكشف عن شروط يثور الشك بأنها تعسفية، وتم وضعها أمام كل من المستهلك والقاضى، لكى يسترشد هذا الأخير بها، ودون التزام منه باتباعها»([2]).

([1])N. RZEPECKI, Droit de la consommation et théorie générale, du contrat, op. cit., p. 167.

([2]) د/حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص ٦٧.

لكن، ورغم ذلك، اعترف جانب آخر من الفقه بأن هذه القائمة يمكن أن تلعب دوراً وقائياً، لأنها تمد أطراف التعاقد بالشروط التعسفية التى يمكن أن تؤدى إلى خلق نزاعات فى المستقبل بين المستهلك والمهنى. ففى مرحلة تكوين العقد، يكون لهذه القائمة دور إرشادى يبصر المتعاقدين بالشروط التى يمكن أن يشوبها وصف التعسف.

ثالثاً: تحديد الشروط التعسفية عن طريق لجنة الشروط التعسفية:

- التعريف بلجنة مقاومة الشروط التعسفية:

ذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يوجد تعريف قانونى محدد للجنة مقاومة الشروط التعسفية، إلا أنه يمكن تعريف هذه اللجنة بأنها «عبارة عن تنظيم قانونى أوجده المشرع الفرنسى – بالإضافة إلى الأنظمة القانونية الأخرى، القضاء – لدعم الحماية المرجوة لمصالح المستهلكين المعرضة للاعتداء من جانب المهنيين الذين يرتبطون مع الأولين بعقود استهلاك يغلب عليها طابع عقود الإذعان»([1]).

ومن الجدير بالذكر أن هذه اللجنة قد تم إنشائها بمقتضى القانون الصادر فى ١٠ يناير ١٩٧٨ الذى ترتب عليه ميلاد هذا الجهاز الاستشارى المختص بإصدار توصيات بتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية التى يدرجها التجار فى عقود الاستهلاك. وعلى ذلك فهذه اللجنة الإدارية لا تصدر قرارات ملزمة، ولكنها تقدم توصيات لجهة أخرى تتمتع قراراتها بصفة الإلزام. ومن المعروف أن قانون ١٠ يناير لسنة ١٩٧٨ قد سبقه مشروع مقدم من الحكومة والذى اقترح أن تكون هذه الجهة هى المحاكم، إلا أن هذا الاقتراح قد تعرض للعديد من الانتقادات أثناء مناقشة المشروع، الأمر الذى ترتب عليه

([1]) د/حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص ١٢٥.

إسناد مهمة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية للحكومة على أن يعاونها فى أداء وظيفتها لجنة مقاومة الشروط التعسفية. وبناء عليه، يجب على الحكومة وهى بصدد تعديل أو إلغاء أحد الشروط التعسفية أن تقوم باستشارة لجنة مقاومة الشروط التعسفية التى أصبحت لها الاختصاص الأصيل فى البحث والتحرى لمختلف الشروط ثم توصى بتعديلها أو بمنع إدراجها فى العقود المستقبلية أو بإلغائها فى العقود القائمة.

وقد سار قانون ١ فبراير ١٩٩٣ على نفس المنهج محتفظاً بنفس الحل الذى يعطى اللجنة الحق فى بحث الشروط المندرجة فى عقود الاستهلاك للتأكد من عدم إثابتها بوصف التعسف. ومن الجدير بالذكر أن المشرع نص على أن للجنة الحق فى إصدار تقرير سنوى يشمل ما قامت به من توصيات، وهذا التقرير، الذى يتم عادة نشره، يمكن أن يحتوى على بعض التعديلات التشريعية أو اللائحية التى ترى اللجنة أنه من المناسب النظر فيها.

ـ أهمية دور لجنة مقاومة الشروط التعسفية فى تحقيق التوازن العقدى([1]):

تتعقد لجنة مقاومة الشروط التعسفية بصورة دورية من أجل بحث وتحليل الشروط المجحفة والتى يجبر على قبولها المستهلك كطرف ضعيف. وعلى ذلك إذا تيقنت اللجنة أن هذه الشروط

([1])Sur le rôle de la commission des clauses abusives, dans la recherche d'équilibre contractuel, V. Les développements de J.-J. BARBIÉRIE, Vers un équilibre contractual?, Recherche d'un nouvel équilibre dans la formation et l'exécution des contrats, thèse, Toulouse 1981, p. 337 à 382, où l'auteur présente un examen détaillé des rapports et recommeandations émises par la commission des clauses abusives entre 1978 et 1981.

المفروضة على المستهلك تحمل الصفة التعسفية، فإنها تقوم بإصدار توصية بتعديل هذه الشروط أو بإلغائها بالشكل الذى يضمن إعادة التوازن والتكافؤ بين المستهلك والتاجر. وهنا يظهر بوضوح مدى أهمية الدور الذى تلعبه لجنة مقاومة الشروط التعسفية - كوسيلة قانونية تهدف إلى تحقيق التوازن العقدى فى العقود الاستهلاكية. ولا شك أن هذا التوازن يمثل الهدف الرئيسى الذى تسعى إليه كل التشريعات من أجل تحقيق العدالة العقدية. فبنظرة متفحصة للتوصيات الصادرة من هذه اللجنة، يتضح أنها تجنح نحو تحقيق نوع من التوازن فى الحقوق والالتزامات التى يرتبها عقد الاستهلاك فى مواجهة التاجر والمستهلك، وعلى سبيل المثال ما يتعلق بمحتوى العقد أو بالجزاء المترتب على عدم تنفيذ أحد بنوده([1]).

ومنذ نشأة هذه اللجنة نجد أنها أصدرت أكثر من خمسين توصية تتعلق بمجالات متعددة ومختلفة تهدف جميعها إلى توفير الحماية الوقائية من تعسف المهنيين([2]). وبذلك تلعب لجنة مقاومة

([1])A. SINAY – CITERMANN, La commission des clauses abusives et le droit commun des obligations, Rev. Trim. Dr. civ. 1985, p. 471, Voir les actes du colloque organisé par la faculté de chambéry le 29 mai 1998 et consacré aux "vingt ans de la commission des clauses abusives", Rev. Conc. Cons. sept-oct. 1998, n° 105, V. les interventions de G. PAISANT, Rapport introductif: l'évolution du droit des clauses abusives, p. 6 et s; O.KUHNMUNCH, La commission des clauses abusives et ses attributions, p.9 ets.; G.GHESTIN, les recommandations de la commission, p. 14 et s; P.JOURDAIN, La doctrine de la commission, p. 23.

([2])N. RZEPECKI, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, op. cit., p. 168.

الشروط التعسفية دوراً هاماً فى «توحيد قانون الشروط التعسفية .... وفى مقاومة الشروط التعسفية، وفى تطوير المبادئ التى تتضمنها العقود النموذجية التى يعرضها المهنيون على المستهلكين. كذلك، فإن قيام اللجنة المذكورة بمباشرة اختصاصاتها يتيح لأصحاب الشأن بأن يضعوا بأنفسهم – ولأنفسهم – القواعد القانونية، التى ستنطبق عليهم فى المستقبل. فعن طريق تلك اللجنة يقوم المذكورون بالمشاركة فى خلق القانون الجديد الذى سيحكم معاملاتهم»([1]).

ـ القيمة القانونية لتوصيات اللجنة :

وإذا أردنا تقييم دور لجنة مقاومة الشروط التعسفية فيما يتعلق بحماية المستهلك يري البعض أنها تمثل وسيلة ضغط معنوى على التجار. فوجود هذه اللجان يشكل حائط صد قوى لصالح طائفة المستهلكين، الأمر الذى يجعل التجار يعزفون عن تضمين العقود الاستهلاكية لهذه الشروط التعسفية، لأنهم يعلمون جيداً أن لجنة محاربة الشروط التعسفية تقف بالمرصاد لكل محاولة إجحاف يمارسها الطرف القوى على الطرف الضعيف، حيث تقوم اللجنة بفحص نماذج العقود المستعملة فى الواقع العملى، وتبحث عن الشروط التى تتصف غالباً بالطابع التعسفى، ثم تصدر توصيات باستبعاد الشروط المجحفة من العقود الدارجة فى العمل. والملاحظ عملياً أن لهذه التوصيات «قيمتها فى دفع الآخرين على أن يستبعدوا من عقودهم مع المستهلكين، الشروط التعسفية الدارجة فيما بينهم. ويفعل المهنيون ذلك من تلقاء أنفسهم، قبل أن يضطروا إلى هذا العمل، بأمر من السلطات العامة»([2]).

([1]) د/حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص ١٤١.

([2]) د/حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق ، ص ١٤٥.

لكن البعض يرى أن هذا الدور لا يعكس سوى قيمة أدبية لتوصيات لجنة محاربة الشروط التعسفية التى لا تتسربل بأى طابع إلزامى يفرض على المهنيين احترامها عن طريق عنصر الإجبار. أى أن هؤلاء يرون أن هذه اللجنة تفتقر للصفة الإلزامية التى تضمن فرض آرائها على التجار، كما أنها ذات تشكيل وطبيعة إدارية، ولا تتمتع بأى دور تشريعى أو قضائى. وبناء عليه، فأصحاب هذا الرأى يجردون توصيات اللجنة من القيمة العملية مقتصرين على إعطائها قيمة أدبية فقط تتمثل فى كونها وسيلة ضغط معنوى على التجار(1).

وتحليل هذا الرأى الفقهى يتطلب ضرورة النظر فى الأفكار المحورية التى يدور حولها. ويبدو لأول وهلة أن هذا الرأى، الذى يجرد توصيات لجنة محاربة الشروط التعسفية من القيمة العملية، يدور حول حجة وسند واحد مفاده عدم وجود أى صفة إلزامية لتوصيات هذه اللجنة. لكن الواقع أن هذه النظرة التى تسلب لجنة محاربة الشروط التعسفية من كل قوة حمائية لا يمكن التسليم بها بشكل مطلق، وهو أمر يحتاج لتحليل.

يتفق أصحاب الرأى السابق على أن توصيات لجنة محاربة الشروط التعسفية لا تتمتع بأى قوة ملزمة كما ذكرنا، إلا إذا تم تطبيقها من قبل مرسوم يصدر من مجلس الدولة، أى أن فى غير هذه الحالة لا تلزم الحكومة ولا تلزم المهنيين عند إبرام العقود الاستهلاكية، فهم يستطيعون أن يخالفوا توصيات اللجنة عند إبرام هذه العقود دون التعرض للجزاء. ولقد رتب الفقهاء على ذلك عدم

---

(1)M. LEVENEUR, La commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations, in le renouvellement des sources des obligations, journées nationals de l'Ass. H. CAPITANT, t.I, LGDJ, 1997, p. 163.

تمتع توصيات اللجنة بأى قيمة قانونية.

لكن بالرغم من وجاهة الاتجاه السابق واستناده على حجج منطقية تبرر ما وصل إليه، إلا أنه أغفل العديد من الأسباب التى تجعلنا نسلم بأن توصيات لجنة محاربة الشروط التعسفية تتمتع بقيمة قانونية كبيرة. فمن ناحية، نجد أن الواقع العملى يؤكد على أن المستهلك يتمسك دائماً أمام القضاء بالتوصيات الصادرة من لجنة محاربة الشروط التعسفية. ومن ناحية أخرى، تستخدم هذه التوصيات كمرشد للقضاة فى التعرف على الشروط التعسفية فى المنازعات التى يفصل فيها. ويؤكد ذلك ما يمكن أن نلاحظه من مسلك القضاء الفرنسى الذى يظهر منه تبنيه لآراء لجنة محاربة الشروط التعسفية فى العديد من المنازعات المنظورة أمامه. فعلى سبيل المثال، قضت محكمة النقض بتأييد الحكم الصادر عن قاضى الموضوع والذى انتهى إلى وصف أحد الشروط المفروضة من قبل أحد مؤسسات التعليم العالى بالتعسف. وفى هذه القضية يتضح أن المؤسسة التعليمية فرضت دفع مصروفات الدراسة بالرغم من وجود قوة قاهرة حالت دون دفع هذه المصروفات. ولقد ذهبت محكمة النقض فى تأييدها لحكم محكمة الموضوع إلى أن هذا الحكم يجد أساسه بشكل واضح وصريح فى أحد توصيات لجنة محاربة الشروط التعسفية الصادرة فى ٧ يوليو ١٩٨٩([1]).

وبتحليق فوق موقف الفقه الفرنسى، نجد أنه بالرغم من أن

([1])Cass. Civ. 1, 10 fév. 1998, Rev. Trim. dr. civ. 1998, p. 674; obs. J. MESTRE.

La première chamber civile a précisé que la solution retenue par les juges rejoignait "La recommandation n° 91 – 09 du 7 Juillet 1989 de la commission des clauses abusives".

البعض قد قلل من أهمية دور لجنة محاربة الشروط التعسفية لافتقادها لعنصرى الجبر والإلزام اللازمان لتفعيل توصياتها، إلا أن جانباً آخر من الفقه يتزعمه الفقيه الكبير جستان يرى أن توصيات اللجنة وآرائها قد ساهمت بدور كبير فى مساعدة القضاء على الفصل فى المنازعات المتعلقة ببحث مدى توافر الشروط التعسفية. فلقد أصبح القضاء الفرنسى ينظر بشك وريبة فى العديد من الشروط التعسفية التى كانت محل توصيات لجنة محاربة الشروط التعسفية. وبمعنى آخر، فتوصيات اللجنة تعتبر مصدراً لإلهام قاضى الموضوع المنرط به الفصل فى المنازعات التى تدور حول البحث عن وجود شروط تعسفية فى العلاقة التعاقدية بين التاجر والمستهلك. وعلى ذلك، يمكن القول أن التوصيات أصبحت مصدراً هاماً من المصادر التى يستند عليها قاضى الموضوع فى الفصل فى المنازعات، أو كما يقال مصدراً من مصادر إلهامه.

"Sources d'inspiration pour les juges du fond"([1]).

ومن الجدير بالذكر أن هناك العديد من الأمثلة التى تبين أن هذه التوصيات تلعب دوراً مساعداً للقاضى عند تكييف الشروط التى تحتويها العقود المبرمة بين التجار والمستهلكين([2]). وهذا ما دفع

([1])J. GHESTIN, art. préc. P. 22.

([2])A. SINAY – CITERMANN, Protection ou surprotection du consommateur? , J.C.P. 1994, I, 3804, p. 512. Selon cet auteur, "Dans la majorité des cas le juge suivera l'avis de la commission". Voici une liste de décisions qui ont suivi les recommondations de cette commission de clauses abusives: Civ. 1ère, 16 Juillet 1987, D. 1988, 49, note J. CALAIS-AULOY; Civ. 1ère, 14 mai 1991, D. 1991, 449, note J.GHESTIN; Civ. 1ère, 6 Janvier 1994, D. 1994 Somm 209, note P.DELLÉBECQUE.

الفقيه الكبير جستان إلى القول بأنه بالرغم من أن توصيات لجنة محاربة الشروط التعسفية تفتقر لعنصر الإلزام، إلا أنها تحتوى على قواعد قانونية تمتلك أثراً فعالاً فيما يتعلق بالنظام العام الذى يحد من الحرية التعاقدية.

"des norms juridiques dotées d'une action effective importante quant à l'ordre public limitant la liberté contractuelle"([1]).

والخلاصة أن توصيات لجنة محاربة الشروط التعسفية تتمتع بقيمة قانونية كبيرة، طالما إن المستهلكين يطالبون غالباً بتطبيقها أمام القضاء الذى أصبح يهتم ببحث توصياتها والوقوف على آخر آرائها، الأمر الذى يضفى عليها أهمية عملية واضحة. «فالتوصيات الصادرة منها – والتى لم يتم تطبيقها بمرسوم صادر من مجلس الدولة – لا تكون عديمة الأثر أو الفعالية القانونية. ففى الواقع، يتمسك المستهلكون – فى دعاواهم القضائية – بالتوصيات الصادرة من اللجنة المذكورة. كما قد يكون لهذه التوصيات آثراً فى اختيار القاضى للحل الذى يطبقه على النزاع»([2]).

المطلب الثانى
تقييم الباحث للآثار الناجمة عن التعامل المباشر مع الشروط التعسفية

أولاً: التعامل المباشر مع الشروط التعسفية أدى إلى ابتكار الوسائل الوقائية:

إن منهجية التعامل المباشر مع الشروط التعسفية أدت إلى تبنى

([1])J. GHESTIN, art. préc. P. 22.

([2]) د/حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق ، ص ١٤٥.

رؤية خاصة لها، فالمشرع قد التقط ظاهرة الشروط التعسفية فى عقود الاستهلاك من منظور يركز على الشروط نفسها كظاهرة سلبية يجب أن يتدخل المشرع لحماية المستهلك منها عن طريق الوسائل الوقائية. إذن فالمشرع فى تقنين الاستهلاك لم ينظر للشروط التعسفية من خلال منظور النظرية العامة للعقد وما تحويه من أدوات وآليات قانونية كفرض الحماية عن طريق الوسائل العلاجية فقط. فالواقع أن حل أى مشكلة أو معالجة أى ظاهرة سلبية من خلال منظور مُعد مسبقاً أو خاص بظاهرة أخرى يترتب عليه بالطبع التأثير فى رؤية الظاهرة الجديدة. وبمعنى آخر، فإن رؤية الشروط التعسفية عبر منظور نظرية عقود الإذعان بما تملكه من أدوات لا يمكن أن يؤدى إلى اكتشاف الوسائل الوقائية، لأن نظرية عقود الإذعان كجزء من النظرية العامة للعقد لا تعرف هذه الوسائل الوقائية. ومن الجدير بالذكر أن هذا يرجع إلى أن القانون المدنى ينظر للشروط التعسفية على أنها جزء من عقود الإذعان التى تعتبر الأرض الخصبة لنشأتها دون غيرها من العقود. لكن المشرع فى تقنين الاستهلاك نظر إلى هذه الشروط على أنها يمكن أن توجد فى جميع أنواع العقود، وليس فقط فى عقود الإذعان. ومن هنا بدأ يظهر استقلال الشروط التعسفية عن نظرية عقود الإذعان، ثم بدأ التركيز عليها كظاهرة سلبية تستحق الاهتمام من قبل القضاء والمشرع والفقه. هذا التركيز على الشروط التعسفية نفسها كجوهر يتشكل من عناصر تتحد فى انسجام أتاح فرصة خلق قانون خاص كخطوة أولى مهدت لتبنى تقنين خاص بحماية المستهلك، بصفة عامة، وبحمايته عن طريق الوسائل الوقائية، بصفة خاصة. لذلك نص المشرع على تحديد الشروط التعسفية عن طريق مراسيم تصدر من الحكومة بعد تصديق مجلس الدولة عليها، وكذلك نظام القوائم

الاسترشادية، بالإضافة إلى توصيات لجنة الشروط التعسفية. كل هذه الأساليب أسفرت عن وجود مظاهر وقائية متعددة. ولا شك أن الذى أتاح ذلك وأعان عليه هو أسلوب ومنهجية المعالجة المباشرة للشروط التعسفية التى تبناها المشرع الفرنسى دون الاعتماد على الأدوات والآليات التقليدية غير الملائمة.

لكن السؤال الذى يطرح نفسه هو معرفة هل المشرع المصرى فى قانون حماية المستهلك قد عرف نظام القوائم كأحد الوسائل المستخدمة فى وقاية المستهلك ضد الشروط التعسفية التى يفرضها عليه المهنى؟

ذهب جانب من الفقه إلى أن قانون حماية المستهلك قد عرّف نظام القوائم الاسترشادية على غرار القوائم التى تبناها المشرع الفرنسى فى تقنين الاستهلاك، حيث ذهب صاحب هذا الرأى إلى أنه يمكن القول «بأن المشرع المصرى قد أخذ، على نحو غير مباشر، بنظام القائمة الاسترشادية كأسلوب لتعيين الشروط التعسفية فى عقود الاستهلاك، وذلك بالنص على طائفة من الحقوق، على سبيل المثال لا الحصر، اعتبرها المشرع حقوقاً أساسية للمستهلك، بحيث يحظر على المهنى إبرام أى اتفاق مع المستهلك يكون من شأنه الإخلال بهذه الحقوق»([1]). وعلى ذلك فالقاضى يجب عليه أن يسترشد

([1]) د/محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف فى الرابطة العقدية، بحث سبق ذكره، ص ١٢٥.

ومن الجدير بالذكر أن المادة الثانية من قانون حماية المستهلك قد نصت على أن «حرية ممارسة النشاط الاقتصادى مكفولة للجميع، ويحظر على أى شخص إبرام أى اتفاق أو ممارسة أى نشاط يكون من شأنه الإخلال بحقوق المستهلك الأساسية وخاصة:

أ - الحق فى الصحة والسلامة عند استعماله العادى للمنتجات.

ب - الحق فى الحصول على المعلومات والبيانات الصحيحة عن المنتجات التى يشتريها أو يستخدمها أو تقدم إليه.

بمجموعة الحقوق الأساسية للمستهلك التى نصت عليها المادة الثانية من قانون حماية المستهلك، بحيث أنه يعتبر أن الشرط تعسفياً إذا كان من شأنه إهدار أحد هذه الحقوق الأساسية المقررة للمستهلك.

ويضيف البعض ضرورة تبنى المشرع المصرى لنظام القوائم الحصرية، أو ما يسمى بالقائمة السوداء، على أن يقوم المشرع بإدراج الشروط التى تُعد تعسفية بطبيعتها فى نصوص التشريع ذاته، «مع تخويل لجنة وزارية بإعداد المقترحات اللازمة لمتابعة استكمال هذه القائمة؛ بحيث تصدر لائحة تنفيذية تحتوى على الشروط التى يظهرها واقع التعامل وتفرضه متغيراته»([1]).

ومن الواضح أن الفقه المصرى يرى أن أفضل الطرق لحماية المستهلك يكمن فى تحديد الشروط التعسفية، سواء كان بشكل إلزامى أم بشكل غير إلزامى. ولا شك أن هذا التحديد يعتبر ملائم لحماية المستهلك، خاصة فى مرحلة تكوين العقد. فمعرفة الشروط التعسفية يجعل المستهلك على علم ودراية بالصفة التعسفية للشروط المفروضة عليه فى العقد فيعترض عليها، الأمر الذى يحقق نوع من التوازن بين الطرفين. كما أن هذه المعرفة تؤدى إلى تكوين الرضا

= ج - الحق فى الاختيار الحر لمنتجات تتوافر فيها شروط الجودة المطابقة للمواصفات.

د - الحق فى الكرامة الشخصية وإحترام القيم الدينية والعادات والتقاليد.

هـ - الحق فى الحصول على المعرفة المتعلقة بحماية حقوقه ومصالحه المشروعة.

و - الحق فى المشاركة فى المؤسسات والمجالس واللجان المتصلة عملها بحماية المستهلك.

ز - الحق فى رفع الدعاوى القضائية عن كل ما من شأنه الإخلال بحقوقه أو الإضرار بها أو تقييدها، وذلك بإجراءات سريعة وميسرة وبدون تكلفة.

ح - الحق فى اقتضاء تعويض عادل عن الأضرار التى تلحق به أو بأمواله من جراء شراء أو استخدام المنتجات أو تلقى الخدمات.

([1]) د/حسن عبد الباسط جميعى، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، بحث سبق ذكره، ص ٢١٨.

المستنير للمستهلك النابع من إحاطة تامة بكل الشروط التعسفية التى يمكن أن يحتويها العقد. ولا شك أن هنالك آثار-إيجابية أخرى تترتب على تحديد الشروط التعسفية تكمن فى أنها وسيلة ضغط على المهنى تجعله يفكر جدياً قبل فرض أحد هذه الشروط. والمحصلة النهائية التى تترتب على توفير علم المستهلك والمهنى بالشروط التعسفية التى يجب الابتعاد عنها تكمن فى النهاية فى الحد من المنازعات التى يمكن أن تنشأ نتيجة لجهل المستهلك والمهنى بالشروط التعسفية، وذلك لأن عدم التحديد الواضح لهذه الشروط يجعل المستهلك يلجأ دائماً للقاضى أملاً فى استجلاء حقيقة هذه الشروط ومدى مشروعيتها.

ثانياً: التعامل المباشر مع الشروط التعسفية أتاح اللجوء للوسائل التقنية:

تلعب الوسائل التقنية دوراً هاماً فى خدمة النظام القانونى، فهى تستخدم فى تشييد البناء أو الهيكل القانونى. ويستخدم المشرع والفقه هذه الوسائل بشكل كبير، الأمر الذى يعكس مدى أهميتها. ويمكن تعريف التقنية، بصفة عامة، بأنها مجموعة العمليات المنهجية المؤسسة على معرفة ونظريات علمية، والتى تستخدم من أجل الحصول على نتائج محددة مسبقاً([1]). وعلى ذلك يمكن تعريف التقنية القانونية بأنها مجموعة الوسائل والأدوات الخاصة التى تساهم فى بناء النظام القانونى وتعمل على تحقيق غاية المشرع وأهدافه، فالمشرع يستخدمها كثيراً بهدف خلق التناغم بين القانون والواقع أو بهدم تحقيق أهداف حمائية لطائفة محددة. والوسائل التقنية تضم أمثلة متعددة مثل فكرة الحيلة([2]) والتكييف

([1])J. L. BERGEL, Méthodologie juridique, op. cit., p. 61 et s.

([2])Sur la fiction, voir, ch. PERELMAN et P. FORIERS, Les présomptions et les fictions en droit, Bruxelles Bruylant, 1974;

القانونى والجزاء والقرينة.

من خلال ما سبق سرده يتضح أن كل مشرع يمتلك ترسانة من الأدوات والوسائل التقنية التى يستخدمها من أجل تحقيق أهدافه. وليس من شك أن صدور قانون يهدف إلى تحقيق أهداف حمائية يتطلب استخدام مثل هذه الوسائل من أجل تحقيق أهدافه. ومن الواضح أن هناك عروة وثقى ووشيجة قوية بين الوسيلة التقنية التى يستخدمها المشرع وبين نوع الهدف الذى يسعى لتحقيقه المشرع. إذن فوضوح الغاية أو الهدف التشريعى يمثل حجر الزاوية فى تحديد الوسائل التقنية الحمائية. وبتحليق حول النصوص القانونية التى وضعها المشرع الفرنسى نجد أنه يهدف إلى استبعاد الشرط التعسفى مع الإبقاء على العقد قائماً دون الحكم ببطلانه. فالغاية أو الهدف من إصدار قانون خاص يتعلق بالشروط التعسفية كأحد أهم محاوره يوضح بما لا يدع مجالاً للشك هذه الغاية، وهو أمر استقر وأجمع عليه الفقه الفرنسى. لكن هذا الوضوح اصطدم مع قواعد القانون المدنى التى تقضى بأن الشرط يجب أن يدور وجوداً وعدماً مع العقد، باعتبار أن الفرع يتبع الأصل. لكن هذه العقبة يمكن أن تقف حائلاً أمام الهدف الحمائى للمستهلك، إذا كان التعامل مع الشروط التعسفية قد تم من خلال منظور النظرية العامة للعقد. فكما رأينا أصبح التعامل المباشر مع الشروط التعسفية هو الوضع الأصلى فى قانون الاستهلاك.

وهذا التعامل المباشر مع الشروط التعسفية جعل المشرع الفرنسى يتحرر من كل القيود التقليدية التى فرضتها النظرية العامة للعقد. ولعل أهم نتائج هذا التحرر تكمن فى حرية المشرع الفرنسى

= J. L. BERGEL, Le rôle des fictions dans le système juridique, Mc Gill law journal, 1988, vol. 33-2, p. 357.

فى اللجوء إلى الوسائل التقنية كفكرة الحيلة كوسيلة للوصول إلى هدفه الحمائى للمستهلك والمتمثل فى استبعاد الشرط دون إبطال عقد الاستهلاك ككل. وبمعنى آخر، فالتعامل المباشر مع الشروط التعسفية وتحريمها أتاح للمشرع الفرنسى استخدام فكرة الحيلة كوسيلة جعلته قادراً على توفير حماية للمستهلك غير متحققة فى ظل النظرية العامة للعقد. فلقد نص المشرع الفرنسى على جزاءً خاص فى حالة توافر أحد الشروط التعسفية مقاده اعتبار الشرط كأن لم يكن مكتوباً non écrite. وهذا الجزاء الجديد يجسد استخدام فكرة الحيلة كوسيلة تقنية فى يد المشرع يهدف بها إلى استبقاء العقد قائماً من أجل تفادى وقوع البطلان([1]).

ومن الجدير بالذكر أن هذا الجزاء الخاص، أى اعتبار الشرط كأن لم يكن مكتوباً، يخدم مصالح المستهلك ولا يخدم مصالح المهنى. وتفسير ذلك يكمن فى أن المستهلك الذى يقدم على إبرام عقد من أجل إشباع حاجته الضرورية فى الحصول على سلعة أو خدمة لا يكون من مصلحته إبطال هذا العقد، بل بقاء العقد مع استبعاد الشرط. فباستبعاد الشرط يصبح العقد محققا لآمال

([1]) فى التفرقة بين جزاء اعتبار الشرط كان لم يكن مكتوباً non écrit وجزاء البطلان الجزئى La nullité partielle، انظر :

L. FIN-LANGER, L'équilibre contractuel, op. cit., 338 et 339. Selon cet auteur les effets de la sanction du répute non écrit varient légèrement avec ceux de la nullité partielle. Il semble que cette sanction repose sur une fiction et par conséquent il semble qu'elle ne psossède pas d'effet rétroactif …. Un dernier critère semblait distinguer ces deux sanctions. L'absence de de possibilité pour le juge de prononcer la nullite totalé du contrat".

المستهلك التى انتظرها وأراد تحقيقها من وراء العقد، فهو يريد استمرار العقد ولكنه لا يريد أن ينطبق عليه الشرط التعسفى الذى فرضه التاجر. أما هذا الأخير، أى المهنى، فإنه فى حالة استبعاد الشرط يكون العقد عبئاً عليه فى التنفيذ ويريد التنصل منه. وعلى ذلك يصبح جزاء اعتبار الشرط كأن لم يكن مكتوباً معارضاً لمصالح المهنى كطرف قوى يريد أن يستغل المستهلك ويستفيد من ضعفه عن طريق تضمين العقد ما يشاء من الشروط المجحفة التى تحقق أهدافه ومكاسبه. لكن هذه المصالح والمكاسب يجد أنها مهدده بالضياع فى حالة استبعاد الشروط التعسفية، فيسعى نحو إبطال العقد. وبذلك يأتى هذا الجزاء الخاص كوسيلة حمائية للمستهلك تُبقى العقد وتُبطل الشرط التعسفى. لذلك أجمع الفقه الفرنسى على أن هذا الخيار أى حيلة اعتبار الشرط كأن لم يكون مكتوباً يمنع المهنى من التخلص من العلاقة التعاقدية.

"Le choix de la fiction du réputé non écrit empêche ainsi le professional de se dégager du rapport contractuel"([1]).

وعلى ذلك فهذا المسلك التشريعى الذى سلكه المشرع الفرنسى

([1])L. FIN-LANGER, L'équilibre contractuel, op. cit., 338;
J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, Droit de la consommation, Dalloz, 4° éd 1996, p. 163. selon ces auteurs, "La nullité du contrat n'est pas, pour le consommateur, une sanction adéquate. Elle risque même de se retourner contre lui, puisqu'elle l'empêche d'obtenir une chose ou un service dont il peut avoir besoin. Ce que desire généralement le consommateur, c'est le maintien du contrat et la dispartion de la clause".

يمثل أهم النتائج الإيجابية التى ترتبت على التعامل المباشر مع الشروط التعسفية من خلال منظور خاص بها يركز على عناصرها الأساسية برؤية موضوعية. وهو بذلك يقدم ضمانة للمستهلك لم يقدمها القانون المدنى الفرنسى له باعتبار أن الجزاء الذى يعرفه فى حالة توافر أحد الشروط التعسفية يتمثل فى اختفاء العقد.

ثالثاً: إنشاء لجنة الشروط التعسفية يجسد مسلك تشريعى يشجع على تعدد سلطات الرقابة على الشروط التعسفية:

إلى جانب كون التعامل المباشر مع الشروط التعسفية يودى إلى ابتكار الوسائل الوقائية والأدوات التقنية التى تساعد فى تحقيق أهداف المشرع، فإن هذا الأخير قد أنشأ لجنة الشروط التعسفية التى يتركز دورها فى البحث فى العناصر الموضوعية للشروط التعسفية التى يمكن أن تحتويها عقود الاستهلاك. ومن الجدير الذكر أن هذه اللجنة قد لعبت دوراً كبيراً فى حماية المستهلك عن طريق التوصيات التى تصدرها. ومن الجدير بالذكر أيضاً، أن جميع الأطراف المعنية بمشكلة الشروط التعسفية يلجأون لتوصيات هذه اللجنة من أجل الاستعانة بها فى الفصل فى مدى توافر وصف التعسف فى شروط عقود الاستهلاك، سواء أكان المستهلك أم المشرع أم القضاء. فبالنسبة للمستهلك، نجد أنه يتمسك بتوصيات اللجنة عند المطالبة باستبعاد بعض الشروط التى يفرضها عليه المهنى. فخلق رقابة إدارية على الشروط التعسفية عن طريق اللجنة التى تضم فى تشكيلها طائفة من المستهلكين، جعل لهم القدرة على المشاركة والتعبير عن وجهة نظرهم فيما يتعلق بهذه الشروط، وكذلك بأن يساهموا فى التوصل إلى توصية بعدم مشروعية بعض الشروط التى يشوبها وصف التعسف. ويتضح ذلك إذا ألقينا نظرة سريعة على تشكيل اللجنة، وهو:

١- ثلاث قضاة من القضاء العادى أو الإدارى أو أعضاء بمجلس الدولة. ويتم تعيين رئيس اللجنة ونائبها من بين هؤلاء.

٢- ثلاثة ممثلين لجهة الإدارية.

٣- ثلاثة من أصحاب الرأى أو الفقه القانونى أو الخبرة فى قانون العقود.

٤- ثلاثة ممثلين لجمعيات أو تنظيمات حماية المستهلك.

٥- ثلاثة ممثلين للمهنيين.

وكما يبدو من التشكيل، فإن طائفة المستهلكين ممثلة فى اللجنة بثلاثة أعضاء، مثل طائفة المهنيين، وهو أمر قُصد منه إيجاد نوع من التوازن بين الطائفتين. لذلك يمكن القول - باطمئنان — أن وجود لجنة محاربة الشروط التعسفية تساعد وتعاون القضاء فى الرقابة على الشروط التعسفية. فحرص المشرع على حماية المستهلك كطرف ضعيف جعله ينشئ هذه اللجنة من أجل توفير حماية وقائية له. ومن الجدير بالذكر أن هذا الاتجاه يمثل جزءاً من سياسة تشريعية عامة تسعى حثيثاً نحو زيادة عدد السلطات المنوط بها توفير أكبر قدر من الحماية للطرف الضعيف، سواء كانت هذه السلطات قضائية أم إدارية. ففى مقالة بعنوان سلطات جديدة Nouveux pouvoirs يتساءل كاتبها عن مدى إمكانية القول بأن العقد مازال عملاً خاصاً بأطرافه فقط أم لا([1])؟

Le contrat est- il encore la "chose" des parties?

والواقع أن هذا التساؤل الذى تكرر فى الفقه الفرنسى له ما

([1])B. FAGES, Nouveaux pouvoirs: Le contrat est-il encore la "chose" des partie?, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre René- DEMOGUE de l'université de Lille II, in la nouvelle crise du contrat, Dalloz 2003, p. 154 et s.

يبرره، خاصة بعد زيادة التدخل فى العلاقات التعاقدية، سواء من جانب المشرع أو القضاء، الأمر الذى أسفر عن وجود التزامات تعاقدية جديدة لم يتفق عليها المتعاقدان أثناء إبرام العقد. ومن المعروف أن هذه الالتزامات تجد أساسها فى مبادئ قانونية معروفة مثل مبدأ حسن النية وغيره من المبادئ ذات الصبغة الأخلاقية. ولقد ترتب على زيادة هذه الالتزامات ذات المصدر القانونى أو القضائى أن البعض يرى أن العلاقات التعاقدية تضخمت بشكل كبير يوشك على الانفجار، فمفهوم العقد قد انتفخ وأصبح مهدداً بالإنفجار.

"La notion de contrat gonfle sans cesse et risqué d'éclater"([1]).

لكن الأمر لم يعد مقصوراً على التدخل المتزايد فيما يتعلق بنشأة الالتزامات التعاقدية فقط، بل أصبح التدخل من جانب السلطات على مصير العقد وشروطه متزايداً، سواء كانت السلطات قضائية أم إدارية. وهذا يدل على أن السياسة التشريعية تهدف إلى حماية الطرف الضعيف عن طريق التوسع فى السلطات التى لها الحق فى الرقابة على العقد وشروطه، ويلاحظ السعى نحو إنشاء سلطات إدارية جديدة لها الحق فى التدخل فى نطاق العقد.

"De nouveux pouvoirs s'invitent dans le champ contractual"([2]).

كما يلاحظ من التشكيل غلبة العناصر الإدارية بالإضافة إلى

([1])J. P. CHAZAL, Les nouveaux devoirs des contractants; Est – on allé trop loin, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le contre René – DEMOGUE, in la nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003, p. 99 et s.

([2])B. FAGES, op. cit., p. 155.

ممثلين لطائفة المستهلكين والمهنيين، وذلك لرغبة المشرع فى توفير جو ومناخ من المناقشة الودية، من أجل الوصول لحلول نهائية. لكن السؤال الذى يطرح نفسه هو معرفة هل يعنى وجود هذه اللجنة أن المشرع الفرنسى يريد تحييد دور القضاء أو تقليل دور الرقابة القضائية على الشروط التعسفية؟

الواقع أن هذا المسلك التشريعى لا يعبر بأى حال من الأحوال عن رغبة حقيقية من قبل المشرع الفرنسى بانتقاص دور القضاء أو تحييده، ولكنه يعبر عن إرادة تشريعية تهدف بشكل واضح إلى حماية المستهلك كطرف ضعيف فى العملية التعاقدية. وعلى ذلك فإنشاء مثل هذه اللجان غير القضائية يعتبر أداة من الأدوات القانونية العديدة التى يستخدمها المشرع من أجل تحقيق أهداف حمائية للطرف الضعيف، وهو المستهلك. وهذه السياسة التشريعية أو المنهجية القانونية ليست بجديدة، ولكنها منهجية يستخدمها دائماً المشرع الفرنسى فى العلاقات التعاقدية التى تضم فى أحد أطرافها شخص ضعيف يستحق الحماية من قبل المشرع. فعلى سبيل المثال، نجد أن قانون العمل استخدم هذه المنهجية، عندما أنشأ رقابة إدارية سابقة على قرار إنهاء علاقات العمل[1]. تتجسد آلياتها فى ضرورة الحصول على إذن سابق من لجنة إدارية، وإلا كان قرار الإنهاء مشوباً بوصف التعسف. ومن الجدير بالذكر أن وجود هذه اللجان الإدارية لم يؤثر بالسلب على دور القضاء الفرنسى فى الرقابة على قرار الإنهاء.

من خلال ما سبق ذكره يتضح أن الوضع فى القانون الفرنسى

---

(1) أنظر رسالتنا فى الرقابة القضائية على إنهاء علاقات العمل لأسباب اقتصادية:
"Le contrôle juridictionel des licenciements pour motifs économiques, thèse préc.

يتيح تدخل السلطات غير قضائية فى العلاقات التعاقدية. ويتضح أن هناك سياسة تشريعية عامة تفسح المجال أمام هذه السلطات لكى تلعب دوراً رئيسياً ومؤثراً فى نشأة العقد وترتيب آثاره. وليس من شك أن هذا التدخل يتزايد بشكل ملحوظ كلما كان الأمر يتعلق بعقود تخص أطراف ضعيفة غير قادرة على إبرام عقود غير متكافئة. وعلى ذلك فقيام المشرع الفرنسى بالنص على إنشاء لجنة محاربة الشروط التعسفية كسلطة إدارية تعمل على حماية المستهلك يعتبر جزء من «منظومة تتناغم كل عناصرها دون أدنى تعارض من أجل تحقيق أهداف حمائية ذات صبغة وقائية باعتبار أن الوقاية أفضل من العلاج.

وإذا كانت لجنة محاربة الشروط التعسفية تلعب دوراً مساعداً عن الفصل فى المنازعات التى يكون محلها بحث مدى وجود بعض الشروط التعسفية هى عقود الاستهلاك، فإن هذه اللجنة قد لعبت دوراً أساسياً فى تحديد الشروط المشوبة بوصف التعسف التى احتوتها القوائم المنصوص عليها فى تقنين الاستهلاك الفرنسى. فبالرجوع لمشروع تقنين الاستهلاك، نجد أنه قد تبنى معظم التوصيات التى انبثقت عن أعمال اللجنة، وذلك على أساس أن الشروط التى بحثتها هذه اللجنة وبذلت الجهد فى تكييفها القانونى للوقوف على مدى مشروعيتها تستحق أن تندرج فى القائمة ضمن الشروط المفترض وصفها بالتعسف إلى أن يثبت المحترف عكس ذلك. وانطلاقاً من المجهودات الضخمة التى بذلتها اللجنة وما قامت به من إثراء فى مجال تحديد الشروط التعسفية، فإن غالبية الفقهاء يضفون على قراراتها قيمة قانونية لا تقل عن القيمة التى تتمتع بها العديد من القواعد القانونية الملزمة. لذلك ذهب البعض - وبحق - إلى أنه «وبالرغم من أن القواعد المكملة وتوصيات اللجنة ليست ملزمة إلا أن القائمة تعطى قيمة كبيرة له، وعلى وجه الخصوص لتوصيات

اللجنة. فالشرط الذى يُعد تعسفياً بالضرورة نجد وجهة الرأى الاستشارى للجنة يفترض فيه مشروع القانون وصف التعسف إلى أن يثبت المحترف عكس ذلك. ويلاحظ ما لهذا النص من أهمية إذا عرفنا ضخامة حجم العمل الذى قامت به لجنة الشروط التعسفية واضطلاعها بإعداد قوائم شملت الكثير من الشروط التى اعتبرتها اللجنة تعسفية»([1]).

وعلى ذلك، فإن لجنة محاربة الشروط التعسفية قد لعبت دوراً كبيراً فى مساعدة المشرع عند وضع نظام القائمة، كما ساهمت بدور فعال فى عمل القضاء أثناء نظر المنازعات التى يكون محلها بحث توافر الشروط التعسفية فى عقود الاستهلاك، وإلى جانب ذلك، فإنها أعطت المستهلكين وسائل مساعدة وجعلتهم يستطيعون المطالبة أمام القضاء والتمسك بوجود شروط تعسفية فى العقود التى يتحكم المحترفون فى محتواها مسترشدين فى ذلك بتوصيات اللجنة وما نصت عليه من شروط يتوافر فيها وصف التعسف. وهذا إن دل فإنه يدل على أن ما قام به المشرع الفرنسى بإنشاء هذه اللجنة الإدارية يمثل خطوة كبيرة على طريق يهدف إلى حماية المستهلك كطرف ضعيف رأى المشرع أنه يتجرد من كل أدوات القوة وأنه يحتاج لوسائل حمائية وسلطات تدافع عن مصالحه بالتعاون مع القضاء والذى يظل دائماً الحصن الذى يلجأ له الضعفاء.

لذلك نرى أن الدور الذى تلعبه لجنة الشروط التعسفية يقدم – وبحق – ضمانة حقيقية لتفعيل الرقابة الحقيقية على الشروط التعسفية. هذا الدور يمكن أن تلعبه جهة الإدارة فى القانون المصرى لخلق وسائل وقائية للمستهلك وعدم الاقتصار على الوسائل العلاجية فقط. فالوسائل الوقائية هى الثمرة الحقيقية للتعامل المباشر مع

([1]) د/حسن جميعى، المرجع السابق، ص ٢٨٢.

ظاهرة الشروط التعسفية التى تحاربها جميع النظم القانونية. لكن أسلوب المحاربة يختلف فى قوانين الاستهلاك ونظرية عقود الاستهلاك عن أسلوب المعالجة فى القانون المدنى ونظرية عقود الإذعان التى لم تعد قادرة على مواكبة التطورات والمستجدات التى تحدث فى الواقع. وكما رأينا، فليس هناك أدنى تعارض بين هذه اللجنة الإدارية وبين القضاء، بل على العكس هناك تعاون مشترك يهدف إلى تحقيق هدف واحد يتمثل فى توفير أفضل رقابة على الشروط التعسفية، يتمثل فى الجمع بين الرقابة القضائية والرقابة الإدارية.

خاتمة الفصل الثانى

فى الفصل الثانى تعرضنا لكيفية التعامل المباشر مع الشروط التعسفية فى قوانين الاستهلاك، سواء فى القانون الفرنسى أم فى القانون المصرى. ولقد ركزنا فى المبحث الأول على تعريف الشروط التعسفية الذى بدا لنا أن أفضل طريقة لوضعه هو تبنى معيار عدم التوازن العقدى فى الحقوق والواجبات التى يرتبها العقد فى مواجهة أطرافه، كمعيار وحيد. وهذا المنهج الذى اتبعه المشرع الفرنسى بعد سلسلة من التطورات نجد له صدى وأثر فى مسلك المشرع المصرى فى قانون الاستهلاك، كما أوضحنا. لكن لاحظنا أن العديد من الفقهاء حاولوا إبراز تعريف الشروط التعسفية عن طريق علاقة سببية تجمع بين أكثر من عنصر، أحدهما خارج عن نطاق العلاقة التعاقدية، وهو معيار النفوذ الاقتصادى. إلا أن هذا المسلك الفقهى فى تعريف الشروط التعسفية عن طريق علاقات سببية تبدو سهام النقد التى يمكن توجيهها إليه فى النقاط الآتية:

١- من الواضح أن البحث فى العلاقات السببية المصاحبة للشرط التعسفى مع التركيز على النفوذ الاقتصادى كعنصر خارجى، يعتبر تعامل غير مباشر مع هذه الشروط. وهذا الوضع يؤدى إلى نفس المعاملة التشريعية التى انتهجها القانون المدنى.

٢- من أهم عيوب هذا الاتجاه الفقهى فى تعريف الشروط التعسفية، أنه يهمل الصفات الجوهرية أو الخصائص والعناصر المكونة لها، كنظرة موضوعية تحلل الأشياء تحليلاً يوضح مكوناتها تمهيداً لوضع طرق الوقاية والعلاج لها. ولا شك أن التعامل المباشر مع الشروط التعسفية يقتضى ضرورة النظر إليها نظرة موضوعية.

٣- إن تعريف الشروط التعسفية عن طريق علاقات السببية

يستخدم فى حالة الرغبة فى الوصول إلى تفسير وجود ونشأة هذه الشروط، أو فى حالة إرادة تفسير سلوك التاجر عند فرضه لشروط مجحفة على المستهلك. وكلتا النظريتين تصلحان أكثر وبشكل كبير فى ظل قواعد المسئولية التى تقوم على عناصر الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

٤- إن التحليل السببى لا يتفق مع منهجية الحماية الوقائية التى يتغياها المشرع، وخاصة المشرع الفرنسى الذى أنشأ سلطة إدارية تختص بفرض رقابة على الشروط التعسفية. ولا شك أن هذه السلطة الإدارية وكما يتضح من توصياتها تركز على العناصر أو المعايير الموضوعية التى تدخل فى تكوين وجوهر الشروط التعسفية، دون النظر فى بحث رابطة السببية بين عنصر النفوذ الاقتصادى وعنصر الاستفادة المفرطة.

لكل هذه الأسباب السابق ذكرها، اتضح من خلال دراستنا أن التعامل المباشر مع الشروط التعسفية يقتضى التركيز على أهم العناصر الموضوعية التى تدخل فى تكوين هذه الشروط، وهى كما ذكرنا، معيار التوازن العقدى.

وفى المبحث الثانى من الفصل الثانى، قمنا ببحث الآثار المترتبة على التعامل المباشر مع الشروط التعسفية. وذكرنا أن أهم الآثار والنتائج التى يمكن اكتشافها من خلال التعامل المباشر تتبلور فى وجود قانون خاص يتعامل مباشرة مع الشروط التعسفية بتقنية ومنهجية ذات آليات وأدوات تختلف عن الآليات التى يستخدمها القانون المدنى فى التعامل مع هذه الشروط. وإلى جانب هذه النتيجة الهامة، ترتب على التعامل المباشر مع الشروط التعسفية نتائج أخرى، منها:

- أن التعامل المباشر مع الشروط التعسفية أسفر عن اتساع

نطاق حماية المستهلك، حيث لم تعد هذه الحماية مقصورة على مرحلة معينة أو على نوع معين من العقود، مثل عقود الإذعان بل أصبحت الحماية تشمل كل مراحل العقد حتى أثناء مرحلة تكوينه. كما أن الحماية أصبحت تشمل كل أنواع العقود التى يكون المستهلك طرفاً فيها.

- أن التعامل المباشر مع الشروط التعسفية أدى إلى تنوع أساليب تعيين وتحديد الشروط التعسفية، فلقد قام المشرع الفرنسى بالتوسع فى طرق تحديد هذه الشروط التى تنقسم إلى تحديد إلزامى وتحديد غير إلزامى.

- ترتب على التعامل المباشر مع الشروط التعسفية ابتكار الوسائل الوقائية التى تسعى إلى وقاية المستهلك من الشروط التعسفية، بالإضافة إلى استعمال الوسائل التقنية، مثل فكرة الحيلة. وإلى جانب هذه الوسائل، تبقى لجنة الشروط التعسفية من أهم آثار التعامل المباشر مع الشروط التعسفية، وهى تجربة يرى معظم رجال الفقه المصرى ضرورة تبنيها لما لها من آثار إيجابية تنعكس على الهدف المراد تحقيقه وهو حماية المستهلك.

الخاتمة

لعل من الأفضل ونحن نحدد فى هذه الخاتمة أهم النتائج التى توصلت إليها هذه الدراسة أن نضرب صفحاً عن تلك الآراء الجزئية الكثيرة التى بُثت بين ثناياها، والتى كثيراً ما كانت تتناول رأياً بالمناقشة أو فكرة بالتحليل، أو موقفاً بالتقييم. فالواقع أن أهم ما توصلت إليه هذه الدراسة – فى تصورنا – لا يرتد إلى الجزئيات ولا ينحصر فى التفصيلات، وإنما يمتد إلى الرؤية الشاملة والنظرية الكلية. إنه – ببساطة ووضوح – سمة منهج الرؤية وأسلوب التناول الذى يجب أن نتعامل به مع الشروط التعسفية والذى يحدد النظام القانونى الملائم لها. وكما ذكرنا فى مقدمة البحث، فإن المقارنة بين حماية المستهلك فى ظل نظرية عقود الإذعان وحمايته من منظور نظرية العقود الاستهلاكية تقتضى الوقوف على النظام القانونى الحمائى الذى تقدمه كل نظرية. ومن الجدير بالذكر أن اختبار كفاءة أى نظام قانونى تستوجب ضرورة البحث فى شروط تطبيقه، من ناحية، وفى الآثار المترتبة على إعماله، من ناحية أخرى. فلا شك أن النظام القانونى الملائم للمستهلك يجب ألا يتحدد بشروط تضيق من نطاق تطبيقه. فالنظام القانونى الذى يقدم حماية متسعة النطاق يعتبر أفضل من النظام الذى يعلق تطبيق قواعده الحمائية على ضرورة توافر أسباب محددة حصرياً. ومن ناحية أخرى، ترجح كفة المقارنة بين النظريتين فى الجهة التى تقدم وسائل حمائية وقائية كأحد أهم الآثار الإيجابية التى تسعى كل النظم القانونية إلى تحقيقها إيماناً وتصديقاً لمبدأ الوقاية خير من العلاج.

فمن حيث شروط تطبيق النظام القانونى لكل من النظريتين، أثبتت الدراسة أن النظام الحمائى الذى تقدمه نظرية عقود الإذعان على الشروط التعسفية يقتضى ضرورة البحث فى مصادر هذه

الشروط. ومن الجدير بالذكر أن هذا المنهج يمثل جزءاً من منظومة القانون المدنى فى التعامل مع المسائل المراد تنظيمها تنظيماً قانونياً. فالقانون المدنى عندما يعالج مسألة معينة، فإنه يعالجها من خلال مصادرها فقط، أى أنه لا يرتب تطبيق النظام القانونى على المسألة المراد تنظيمها إلا بعد التيقن أولاً من توافر مصادر وجودها. وهذا المنهج هو نفس المنهج الذى اتُبع فى حماية المستهلك من الشروط التعسفية فى العقود الاستهلاكية، حيث عُلق تطبيق النظام القانونى الحمائى ضد الشروط التعسفية على شرط ضرورى، وهو وجوب توافر الشرط التعسفى فى عقد الإذعان فقط كمصدر وحيد يترتب عليه إفراز هذا الشرط. وبمعنى آخر، فإن التعامل غير المباشر مع الشروط التعسفية قد ترتب عليه عدم إمكانية تفسير وتحديد هذه الشروط إلا من خلال نظرية عقود الإذعان فقط، وهو أمر ترتب عليه ضيق نطاق الحماية الذى أصبح من غير المتصور تطبيقه إلا من خلال تعسف التاجر فى استخدام نفوذه الاقتصادى فى عقود الإذعان كمصدر وحيد لهذه الشروط. وبمعنى آخر، أصبح نطاق حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية مقصوراً على حالة الضعف الاقتصادى للمستهلك كمصدر وحيد لتطبيق النظام القانونى الحمائى المنصوص عليه فى عقود الإذعان. وكما أوضحنا، فإن اختزال الحماية من الشروط التعسفية فى هذا النطاق الضيق يعتبر مضراً بمصالح المستهلك الذى يحتاج لتوسيع إطار الحماية من هذه الشروط.

وهذا التوسيع فى نطاق الحماية قد تم فى أوضح صوره فى ظل نظرية العقود الاستهلاكية التى تعاملت مع الشروط التعسفية من خلال التركيز على عناصرها المكونة لها، أياً كانت مصادر هذه الشروط. ويرجع هذا التوسع فى نطاق الحماية إلى أسلوب التعامل

المباشر الذى انتهجه المشرع الفرنسى فى تقنين الاستهلاك. فكما ذكرنا، فإن التركيز المباشر على العناصر المكونة للشروط التعسفية قد أتاح للمشرع وضع تعريف محدد لهذه الشروط عن طريق معيار التوازن العقدى، وبذلك أصبح الشرط التعسفى مجسداً ومعبراً عن عدم التوازن أو التكافؤ فى الحقوق والالتزامات التى يرتبها عقد الاستهلاك فى مواجهة طرفى العقد، أى المهنى والمستهلك. وهذا التعريف الموضوعى للشرط التعسفى يجعل النظام القانونى الحمائى جاهزاً للتطبيق فى كل مرة يظهر فيها عدم التوازن بين المهنى والمستهلك، أياً كان مصدر عدم التوازن. فسواء كان ضعف المستهلك ناتجاً عن ضعف اقتصادى أو عن جهل معرفى، فإن نظرية العقود الاستهلاكية تتيح له الاستفادة من النظام القانونى الذى يبسط نطاق حمايته على كل الحالات التى يستغل فيها التاجر أى نوع من أنواع الضعف الذى يصيب المستهلك.

ويترتب على ذلك أنه إذا كان النظام القانونى الحمائى الذى تقدمه نظرية الإذعان لا يمكن تطبيقه إلا فى حالة استغلال التاجر للضعف الاقتصادى للمستهلك كشرط ضرورى لتطبيقه، فإن النظام القانونى الحمائى الذى تقدمه نظرية العقود الاستهلاكية يتم تطبيقه فى كل حالة يتصف فيها المستهلك بالضعف، أياً كان مصدره. وعلى ذلك فالنظام القانونى الحمائى الذى تقدمه نظرية العقود الاستهلاكية فى مواجهة الشروط التعسفية لا يتقيد بأى ضوابط أو قيود تعرقل تطبيقه، كما هو الحال فى ظل نظرية عقود الإذعان. وليس من شك أن وجود مثل هذه القيود التى تعرقل تطبيق النظام القانونى تصبح معوقاً حقيقياً أمام نجاح نظرية عقود الإذعان فى حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية.

لكن إذا كانت شروط تطبيق النظام القانونى تمثل معياراً

هاماً فى المقارنة بين الأنظمة القانونية الحمائية، فإن الآثار الإيجابية الناجمة عن ترتيب النظام القانونى تعتبر هى حجز الزاوية الذى يدور حوله الفصل فى مسألة المقارنة بين هذه الأنظمة. وليس من شك أن أهم الآثار التى يجب التركيز عليها، لتقييمها بصفتها المعيار الحاسم فى الترجيح، هى الآثار الناتجة عن تطبيق الوسائل الحمائية، علاجية كانت أم وقائية.

فمن الجدير بالذكر أن القانون المدنى، بصفة عامة، ونظرية عقود الإذعان، بصفة خاصة، لا يعرفان إلا أسلوب الحماية العلاجية، أما الحماية الوقائية، فإنها غير واردة ضمن آليات الحماية فى القانون المدنى، كما ذكرنا سابقاً. وهذا على عكس الوضع فى قوانين حماية المستهلك التى ابتكرت وطورت الوسائل الوقائية كأدوات حمائية تهدف إلى وقاية المستهلك من مخاطر الشروط التعسفية. وبذلك نجد أن نظرية عقود الاستهلاك قد جمعت بين الوسائل الوقائية والعلاجية من أجل تحقيق أفضل حماية ممكنة للمستهلك. وهذا أمر يحسم مسألة المقارنة بين النظام القانونى الحمائى الذى تقدمه نظرية عقود الإذعان فى مواجهة الشروط التعسفية، وبين النظام القانونى الذى تقدمه نظرية عقود الاستهلاك لحماية المستهلك فى مواجهة هذه الشروط.

والخلاصة أن التعامل المباشر مع الشروط التعسفية فى ظل نظرية العقود الاستهلاكية قد أسفر عن وجود نظام قانونى حمائى يعمل على تحقيق التوازن بين الضرورات الاقتصادية التى تمنح للتجار العديد من السلطات، وبين الضرورات الاجتماعية التى تستوجب ضرورة حماية المستهلك كطرف ضعيف يستحق الحماية. لكن هذا التوازن يصبح ضرورة ملحة فى ظل ظروف اقتصادية تعكس سيطرة الشركات والمؤسسات الصناعية والتجارية، حتى أن الواقع يشهد

بأن الشركات الكبرى هى التى ستتولى عملية القيادة، وستصبح إحدى وظائف الحكومات الأولى هى إيجاد بيئة يمكن أن تزدهر فيها الشركات وتجتذبها. لذلك فغلبة وسيطرة الاقتصاد يؤديان إلى نتائج غير عادلة يتجاهل فيها الجميع كل الضرورات الاجتماعية لحساب سيطرة الشركات الكبرى والمستثمرين. وعلاج هذا الوضع لا يمكن أن يتم إلا من خلال نظام يقوم على إعادة تحقيق التوازن بين الضرورات الاقتصادية والضرورات الاجتماعية. ومن ضمن آليات تحقيق هذا التوازن وجود جهات جماعية تسعى دائماً نحو تحقيقه عن طريق تمثيل جماعى، مثل جمعيات حماية المستهلك التى يمكن أن تلعب دوراً كبيراً فى هذا المجال. وإلى جانب هذه الجمعيات، تظل لجنة الشروط التعسفية نموذج يسعى نحو رفض وجود أى شروط تعسفية تندرج فى العقود الاستهلاكية. وكما ذكرنا، فلهذه اللجنة دور كبير فى تحديد الشروط التعسفية التى يقوم القضاء بإلغائها.

وعلى ذلك فنموذج لجنة الشروط التعسفية التى نص عليها المشرع الفرنسى يمثل خطوة هامة فى طريق حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية. ففى ظل ظروف عالمية يحكمها الاقتصاد وتسيطر فيها الشركات الكبرى، يصبح نموذج لجنة الشروط التعسفية نقطة مضيئة على طريق حماية المستهلك الذى يجب أن يقوم المشرع المصرى بإضاءته بمثل هذه الوسائل والآليات الحمائية أملاً فى الوصول إلى الحماية المنشودة لطائفة المستهلكين التى تشمل جميع أفراد المجتمع.

المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية :

أبو العلا على أبو العلا، حماية المستهلك فى العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.

أحمد الهوارى ، حماية العاقد الضعيف فى القانون الدولى الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

أحمد الهوارى، مستحدثات القول فى حماية المستهلك فى القانون الدولى الخاص، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك، كلية القانون، جامعة الإمارات، ٢٣- ٢٤ أكتوبر، ٢٠٠٨.

أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، طبعة ١٩٤٥.

أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، المصادر الإرادية (العقد، الإرادة المنفردة)، ٢٠٠٢.

أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمى بجامعة الكويت.

أحمد على السيد خليل، مدى اختصاص إدارة حماية المستهلك بالفصل فى المنازعات الاستهلاكية، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية، ٢٣ – ٢٤ أكتوبر، ٢٠٠٧.

أحمد محمود سعد، نحو إرساء نظام قانونى لعقد المشورة المعلوماتية؛ المعالجة الآلية للبيانات بواسطة الحاسب الآلى، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

إسماعيل محمد المحاقرى، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، مجلس النشر العلمى، الكويت، العدد ٤ السنة ٣٠، ٢٠٠٦.

أشرف وفا ، المنافسة غير المشروعة فى القانون الدولى الخاص، دار

النهضة العربية، ٢٠٠١.
السيد محمد السيد عمران، الطبيعة القانونية لعقود المعلوماتية، االحاسب الآلى - البرامج - الخدماتا، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٢.
السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف، بدون تاريخ نشر.
أنور رسلان، الحماية التشريعية للمستهلك، بحث مقدم فى ندوة (حماية المستهلك فى الشريعة والقانون، نظمته كلية الشريعة والقانون بالإمارات خلال فترة ٦- ٧- ١٩٩٨.
جميل الشرقاوى، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة.
حسام الدين فتحى ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
حسام الدين كامل الأهوانى، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، ١٩٩١ – ١٩٩٢
حسام الدين كامل الأهوانى، حماية المستهلك فى إطار النظرية العامة للعقد، بحث مقدم فى ندوة حماية المستهلك فى الشريعة والقانون. نظمته كلية الشريعة والقانون بالإمارات خلال فترة ٦- ٧- ١٩٩٨.
حسن حسين البراوى، التزام المؤمن بالأمانة فى مرحلة إبرام العقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ٢٠٠٦.
حسن عبد الباسط جميعى، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك فى عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، ١٩٩٦..
حسن عبد الباسط جميعى، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، ط١، مطبعة مصر، ١٩٤٩،
حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية فى عقود الاستهلاك، دار الفكر العربى، ١٩٩٧.
خالد جمال، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
خالد خليل، حماية المستهلك فى القانون الدولى الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
رمضان على السيد الشرنباصى، حماية المستهلك فى الفقه الإسلامى، مطبعة الأمانة، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
سحر عبد الستار إمام، المحاكم الاقتصادية فى القانون المصرى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.
سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
عبد الحق حميش، حماية المستهلك من منظور الإسلامى، بحث مقدم لندوة حماية المستهلك المنعقدة فى كلية القانون بجامعة الإمارات، ٢٣ - ٢٤ أكتوبر ٢٠٠٧.
عبد الحكيم مصطفى، حماية المستهلك فى القانون الدولى الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
عبد الرحمن بدوى، مناهج البحث العلمى، طبعة ١٩٦٨،
عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، مصادر الالتزام، المجلد الأول،
عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢،
عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان فى القانون المصرى، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، رسالة للدكتوراه، جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ١٩٤٦،
عبد الودود يحيى، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، ١٩٨١.

عمر محمد عبد الباقى، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، عين شمس، ٢٠٠٤.
فايز أحمد عبد الرحمن، الشروط التعسفية فى وثائق التأمين، دراسة فى نطاق التأمين البرى الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
لاشين الغياتى، عقد الإذعان فى القانون المصرى وموقف الشريعة الإسلامية منه، مجلة الشريعة والقانون بطنطا، العدد الأول، يونيه ١٩٦٨.
محسن البيه، مشكلتان متعلقان بالقبول، السكوت والإذعان، ١٩٨٥.
محمد إبراهيم دسوقى، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار إيهاب للطبع والنشر، أسيوط ١٩٨٥.
محمد إبراهيم بندارى، حماية المستهلك فى عقد الإذعان، بحث مقدم فى ندوة حماية المستهلك فى الشريعة والقانون، نظمته كلية الشريعة والقانون بالإمارات خلال فترة ٦- ٧- ١٩٩٨.
د/ محمد المرسى زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكترونى، الإثبات الإلكترونى) (المستهلك الإلكترونى)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨.
محمد جمال عطية عيسى، مفهوم العقد، دراسة مقارنة فى الفكر القانونى الغربى والفقه الإسلامى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
محمد حسام لطفى، المدخل لدراسة القانون فى ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، نظرية القانون، الطبعة الرابعة، ١٩٩٨ – ١٩٩٩.
محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف فى الرابطة العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، ٢٠٠١ – ٢٠٠٢.

محمد لبيب شنب، الوجيز فى مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، ١٩٩٩.
مصطفى منير ، جرائم السلطة الاقتصادية، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٩.
موسى مصطفى شحاده، حماية المستهلك فى أحكام القضاء الإدارى فى فرنسا، بحث مقدم لندوة حماية المستهلك المنعقدة فى كلية القانون، جامعة الإمارات، من ٢٣ – ٢٤ أكتوبر ٢٠٠٧.
نبيلة إسماعيل رسلان، التأمين ضد أخطار التلوث، طبعة ٢٠٠٧.
نزيه المهدى، الالتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
نعمان محمد خليل جمعه، دروس فى المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٧٨.
ثانياً : المراجع باللغة الفرنسية :
G. ALPA et M. DASSIO, Les contrats de consommateurs et les modifications du code civil italien, RIDC 1997,
J. – L. AUBERT, Introduction au droit, 9e édition, 2002
J.- J. BARBIÉRIE, Vers un équilibre contractual?, Recherche d'un nouvel équilibre dans la formation et l'exécution des contrats, thèse Toulouse 1981.
J. L. BERGEL, Le rôle des fictions dans le système juridique, Mc Gill law journal, 1988
J. – L. BERGEL, Méthondologie juridique, THÉMIS, 2001.
D. BERTHIAU, Le principe d'égalité et le droit civil des contrats, L.G.D.J., 1999.

L. BIHL, La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur, J.C.P. 1978, I, 2909.
BOURGOIGNIE, La lutte contre les clauses abusives dans un cadre européen. L'expérience belge: "peut mieux faire", in colloque les 20 ans de la commission des clauses abusives, 29 mai 1998.
M. BOUTONNET, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, L.G.D.J., 2005.
J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, Droit de la consommation, Dalloz, 4° éd 1996.
J. CARBONNIER, Flexible droit, LGDJ, 9ème édit., 1998.
Ch. CARDAHI, Droit et morale, LGDJ, 1950.
O. CARMET, Réflixion sur les clauses abusives au sens de la loi 78-23 du 10 janvier 1978, RTD com. 1982.
O. CAYLA, "Overture: La qualification ou la vérité du droit", in la qualification, revue Droits, n° 18, 1993.
J. P. CHAZAL, Les nouveaux devoirs des contractants; Est – on allé trop loin, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre René – DEMOGUE, in La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003.
G. CORNU, Les définitions dans la loi, Mèlonges J. VINCENT, Dalloz, 1981.
J. DABIN, Théorie générale du droit, Dalloz, 1969.
I. DAOUD, Le contrôle juridictionnel du licenciment

individuel pour motif économique, thèse, Paris 1, 2004.
DELEBECQUE, et F. – J. PENSIER. Droit des obligations, contrat et quasi- contrat, 2ème éd. Litec 2001.
P.H DELVAUX, Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge, in la protection de la partie faible dans les ropports contractuels, comparaison franco – belges, LGDJ, 1996.
EISENMANN, Quelques problèmes de néthodologie des définitions et des classifications en science juridique, in la logique du droit. Arch. De philosophie du droit, t. xi, 1966.
M. ESPERIQUETTE, La législation communautaire des contrats conclus avec les consommateurs, Rev. Conc. Cons., nov. – déc. 1993.
B. FAGES, Nouveaux pouvoirs: Le contrat est-il encore la "chose" des partie?, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre René- DEMOGUE de l'université de Lille II, in La nouvelle crise du contrat, Dalloz 2003.
L. FIN-LANGER, L'équilibre contractuel, LGDJ, 2002.
M. FONTAINE, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, rapport et synthèse, in la protection de la partie faible dans les rapparts contractuels, comparaison Franco-Belges, LGDJ, 1996.
M. FORMONT, La transposition de la directive communautaire sur les clauses abusives par le législateur

allemande, D. Affaires 1997.
J. GHESTIN, L'abus dans les contrats, Gaz. Pal., 20 août 1981.
J. GHESTIN, Les clauses abusives dans les contrat-types en France et en Europe, Acte de la table rendue du 12 décembre 1990. Sous la direction de J. GHESTIN, Droits des affaires, LGDJ, 1990.
- **GHESTIN**, Traité de droit civil, La formation du contrat, L.G.D.J., 1993.
- **G. GHESTIN**, Les recommandations de la commission, in vingt ans de la commission des clauses abusives, Rev. Conc. Cons. oct., 1998.
- **GILLIERON**, La protection du faible dans les contrats, Revue de droit swis, 1979.
P. GODE, Les clauses abusives, RTD civ. 1978.
J. HUET, Pour un contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire, D. 1993.
Ph. JESTAZ, "La qualification en droit civil", in La qualification, revue Droits, 1993.
P. JOURDAIN, La doctrine de la commission, in vingt ans de la commission des clauses abusives, Rev. Conc. Cons. sept. oct., 1998.
J. JUET, La directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives, JCP 1993.
A. KARIMI, L'application du droit commun en matière

de clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1[er] février 1995, JCP 1996, edit. G, I, 3918.

O.KUHNMUNCH, La commission des clauses abusives et ses attributions, in vingt ans de la commission des clauses abusives, Rev. Conc. Cons. oct., 1998.

O.KUHNMUNCH, Le dispositif d'élimination des clauses abusives, les nouvelles dannes, Rev. Conc. Cons, janv. fév. 1992.

J. KULLMANN, Clauses abusives et contrat d'assurance, RGAT, 1996.

V. LASBORDES, Les contrats déséquilibrés, PUAM., 2000.

M. LEVENEUR, La commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations, in le renouvellement des sources des obligations, journées nationals de l'Ass. H. CAPITANT, t.I, LGDJ, 1997.

P. MAYER, La protection de la partie faible en droit international privé, in la pratiction de la partie faible dans les rapports contractuels, LGDJ, 1996.

D.**MAZEAUD**, Le suge face aux clauses abusives, in, le juge et l'exécution du contrat, actes du colloque de l'institut de droits des affaires de l'université d'Aix – en. Provence, P.U. Aaix-Marseille 1993.

D. MAZEAUD, La loi du 1[er] février 1995 relative aux clauses abusives. Veritable réforme ou simple réformette?

Dr. et pat. Juin 1995.
G. PAISANT, Rapport introductif: l'évolution du droit des clauses abusives, in vingt ans de la commission des clauses abusives, Rev. Conc. Cons. sept. oct., 1998.
Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Les présomptions et les fictions en droit, Bruxelles Bruylant, 1974.
G. RAYMOND, Commentaire de la loi n° 95-96 du 1er février 1995, Rev. Conc. Cons., mars, 1995.
A. RIEG, La lutte contre les clauses abusives des contrats, Esquisse comparative des solutions allemande et française, in Etudes offertes à René RODIÈRE, 1981.
G. RIPERT, La règle morale dans les obligation civiles, 1949, 4ème édit., Rééd, 1994.
N. RZEPECKI, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, PUAM, 2002.
F. SAGE, Le droit française au regard de la directive 93/13 du conseil des communautés européennes du 5 avril 1993, Gaz. Pal, 1994, II, doct.
R. SALEILLES, Théorie de l'obligation, 2ème édit., paris, 1902.
A. SINAY – CITERMANN, La commission des clauses abusives et le droit commun des obligations, Rev. Trim. Dr. civ. 1985.
A. SINAY – CITERMANN, Protection ou surprotection du consommateur?, J.C.P. 1994.

M. TROCHU, Y. TREMORIN et P. BERCHON, La protection des consommateurs contre les clauses abusives: Etude de la législation Française du 10 janvier 1978, DPCI, mars 1981.

- **M. TROCHU,** Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, [Directive n° 93-13 CEE du conseil du 5 avril 1993, D. chr., 1993.

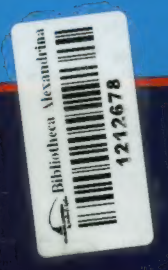
F. X TESTU, Le juge et le contrat d'adhésion, J.C.P., 1993-1-3673.

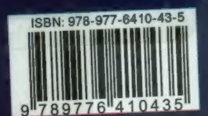
G. VIRASSAMY, Les relations entre professionnels en droit français, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, LGDJ, 1996.

الفهرس

رقم الإيداع	٢٠١٢/٢٢٥٤٤
الترقيم الدولى	I.S.B.N
978-977-6410-43-5	






ISBN: 978-977-6410-43-5
9 789776 410435

دار الجامعة الجديدة
٢٨-٤٠ ش سوتير - الازاريطة - الاسكندرية
تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ - فاكس: ٤٨٥١١٤٣ - تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩
Email darelgamaaelgadida@hotmail.com
www.darggalex.com info@darggalex.com